

Strafferettslige sanksjoner ved patentinngrep – patl. § 57

- Når kan domstolene ilegge bøter og fengselsstraff for krenkelse av patenthaver sine rettigheter.

Kandidatnummer: 587

Leveringsfrist: 25.4.2015

Antall ord: 17 506.



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING:	1
1.1	Bakgrunnen for oppgaven	1
1.2	Hovedproblemstilling – straff for forsettlig patentinngrep	1
1.3	Begrepsavklaring – introduksjon og situasjon	2
1.4	Kort om påtalebegjæring og påtalekompetanse	4
1.5	Rettskildebilde og metode.....	5
1.6	Den videre fremstilling og avgrensninger.....	6
2	GJERNINGSPERSONEN – HVEM KAN STRAFFES.....	7
2.1	Særlig om foretaksstraff.....	7
3	OBJEKTIVE GJERNINGSBESKRIVELSEN – «PATENTINNGREP».....	11
3.1	Innledning	11
3.2	Materielle innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen	12
3.2.1	Tolkning av patentkravene	13
3.2.2	Identitetsvurderingen – ekvivalenslæren sett i et strafferettslig lys	17
4	SUBJEKTIV SKYLD I KRENKELSE AV PATENTVERNET	21
4.1	Innledning	21
4.2	Hensiktsforsett	23
4.3	Overlegg – særlig aktuelt på patentrettens område	23
4.4	Sannsynlighetsforsett	24
4.4.1	Sløret forsett	26
4.4.2	Visshetsforsett	28
4.5	Forsett av typen dolus eventualis	28
4.6	Forholdet mellom rettslig villfarelse og faktisk villfarelse på patentretten	29
4.7	Forsett eller grov uaktsomhet – hvilken skyldform er hensiktsmessig	31
5	STRAFFBARE ATFERDEN – HVORDAN OVERTRE STRAFFEBUDET I PATL. § 57	32
5.1	Innledning	32
5.2	Fullbyrdelse.....	32
5.3	Medvirkningshandlingen	33
5.3.1	Samvirke av forsettlig patentinngrep.....	34
5.3.2	Fysisk medvirkning	35
5.3.3	Psykisk medvirkning	36

5.4	Forsøk på forsettlig patentinngrep	36
5.4.1	Særlig om forsøkets øvre grense	39
5.4.2	Særlig om forsøkets nedre grense.....	39
5.4.3	Særlig om utjenlig forsøk på patentinngrep	43
5.4.4	Særlig om tilbaketreden fra forsøk – strl. § 50	43
5.4.5	Medvirkning på forsøk på patentinngrep.....	44
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	45

1 Innledning:

1.1 Bakgrunnen for oppgaven

Målet med oppgaven er å klarlegge hvordan domstolene kan dømme en gjerningsperson for forsettlig patentinngrep. Patentretten er under stadig utvikling. I forlengelse med utviklingen av immaterielle krenkelser oppstår spørsmålet om straffeansvar for denne typen lovbrudd er nødvendig for et effektivt sanksjonssystem. Bakgrunnen for at jeg valgte oppgaven er endringene i lovgivningen om industrielt rettsvern i Prop. 81 L (2012-2013). Grunnlaget for denne lovrevisjonen var å styrke håndhevingsreglene om industrielt rettsvern. Hovedinnholdet i denne lovrevisjonen var å heve strafferammen for lovgivningen om industrielt rettsvern, og herunder heve strafferammen for forsettlig patentinngrep. Skjerpelsen er ment som et signal til politi og påtalemyndighetene om at inngrep i immaterielle rettigheter bør i prioriteres høyere enn tidligere.¹ Disse endringene aktualiserer patentrettens sanksjonssystem og i hvilken grad en styrking av håndhevingsreglene påvirker dagens rettstilstand. Per dags dato finnes det ingen dommer² i Norsk rett på overtredelse av patl. § 57, det gjør det derfor interessant å problematisere hva som skal til for å anvende straffebestemmelsen.

En annen viktig grunn for valget av tema er at forholdet mellom patent og strafferetten er lite behandlet i juridisk teori. Spesielt interessant er det å vurdere de patentrettslige problemstillingene i et strafferettslig perspektiv.

1.2 Hovedproblemstilling – straff for forsettlig patentinngrep

Oppgavens hovedproblemstilling er å vurdere de strafferettslige sanksjonene ved patentinngrep. Hovedspørsmålet er hvilke materielle vilkår må være oppfylt for å straffe en eller flere gjerningspersoner for patentinngrep etter lov om patenter av 15. desember 1967 nr.9 (heretter patl.) § 57. Straffesanksjoner ved patentinngrep er et spørsmål om domstolene har kompetanse til å straffe gjerningspersonen for overtredelse av patl. § 57.

Oppgaven kommer til å ta for seg hvilke handlinger som er et patentinngrep, og hvordan gjerningspersonen kan overtre straffebudet. Og for at man kan ta stilling til straff på patentrettens område så blir strafferettens alminnelige ansvarslære og grunnleggende prinsipper avgjørende for hva som skal til for å straffe gjerningspersoner for patentinngrep.³

¹ Følger av høringsuttalelse i Prop. 81 L (2012-2013) pkt. 7.6.

² Søk gjennomført på Lovdata 15.4.2015

³ Se Rettsdata, Are Stenvik sin note til patl. § 57.

1.3 Begrepsavklaring – introduksjon og situasjon

Forutsetningen for å vurdere patl. § 57 er at det foreligger et patent. Patent kan oppnås gjennom fremgangsmåter, produkter, anvendelser og apparater, se patl. § 3.

Grunnvilkåret for å oppnå patent er at det foreligger en oppfinnelse. En oppfinnelse er en praktisk løsning av et teknisk problem. Innholdet i oppfinnelsesbegrepet består av at oppfinnelsen har en teknisk effekt, teknisk karakter og at oppfinnelsen er reproducerbar.⁴ Utgangspunktet er at oppfinnelsen skal være immateriell. Det betyr at oppfinnelsen ikke er identisk med et eksisterende eksemplar (eller prototyp) av et patentert produkt eller en fremgangsmåte.⁵ Patentloven oppstiller videre materielle og formelle vilkår som må være oppfylt for at det kan kunne meddeles patent. Patentbarhetsvilkårene vurderes ikke nærmere her ettersom det faller utenfor oppgavens problemstilling.⁶

Patentretten kan karakteriseres som en forbudsrett, en rett til forby andre å utnytte en oppfinnelse. Utnyttelsesretten tar i utgangspunktet bare sikte på å gi patenthaveren vern mot konkurrerende økonomisk utnyttelse av oppfinnelsen, selve informasjonen er ikke dekket av vernet. Informasjonen i patentskrifter er tilgjengelig for alle for til å skape og utvikle stadig nye oppfinnelser, spredningen av informasjon er i samsvar med patentrettens begrunnelse om å spre kunnskap. Forbudsretten bygger på at man skal motivere oppfinnere til innovasjon av nye oppfinnelser.

Patentbeskyttelsen gir patenthaver en enerett til å utnytte den patenterte oppfinnelsen i «*nærings- eller driftsøyemed*», jf. patl. § 1. Dette skal ikke forstås slik at eneretten bare omfatter virksomhet som økonomisk formål, det omfatter også bl.a. offentlig og ideell virksomhet. Den klareste avgrensningen er at ren privat bruk faller utenfor, det vil si bruk som tilgodeser rent personlig behov.⁷

Forutsetningen for at man skal kunne straffes for patentinngrep, er at man må fastsette innholdet i patenthavers beskyttelse (patentvernets omfang). Situasjonen er slik at konkurrenter og andre oppfinnere forsøker å finne løsninger rundt patentet, og dermed er det viktig at patentbeskyttelsen i inngrepsvurderingen utmåles slik at den blir reell. Selv om utgangspunktet er at det kun foreligger et patentinngrep der den påståtte inngrepsgjenstanden dekker alle elementer

⁴ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 122.

⁵ Ibid. s. 27.

⁶ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 29. som oppsummerer patenterbarhetsvilkårene.

⁷ Ibid. s. 281.

i patentkravet, jfr. patl. § 39. Likevel kan ikke en bagatellmessig forandring i forhold til patentkravets ordlyd være tilstrekkelig for å gå klar av patentet. Språket vil ikke alltid samsvare med teknikkens presisjonsnivå.⁸ Sistnevnte angående omfanget av patentvernet reiser mange problemstillinger som kommer til å bli nærmere drøftet i oppgavens hoveddel.

Immaterielle rettigheter har blitt en stadig viktigere aktivaklasse for både enkelt personer og bedrifter fordi rettighetene utgjør en større del av verdiene for mange bedrifter en tidligere.⁹ I tillegg har inngrep i immaterielle rettigheter blitt forbundet med organisert kriminalitet.¹⁰ Et godt eksempel på krenkelse er piratvarene. De peker seg ut med lave utgifter, høy fortjeneste og svært liten risiko for sanksjoner.¹¹ Ettersom piratvarer er en trussel for utsatte områder som miljø, sikkerhet og helse så er det interessant å vurdere hvorfor patentinngrep ikke straffefølges. I takt med utviklingen av immaterielle krenkelser, så oppstår spørsmålet om straffean-svar for denne typen lovbrudd er nødvendig for et effektivt sanksjonssystem, og herunder hvilken allmennpreventiv virkning en slik styrking av håndhevingsreglene vil kunne ha. Straff er kun ment som et virkemiddel mot omfattende og systematiske rettighetskrenkelser, og ikke mot inngrep som er begått i ordinær næringsvirksomhet.¹² Det betyr likevel ikke at straff kan være aktuelt i andre tilfeller, som nevnt ovenfor er patentretten under stadig utvikling og etter-som lovrevisjonen var ment å styrke håndhevingsreglene så må hevingen av strafferammen anses som et signal til politi og påtalemyndighetene for å prioritere patentkrenkelser. Avslut-ningsvis nevnes det at endringene er ment å reflektere straffverdigheten ved patentinngrep.

Patentinngrep søksmål refererer til en sak der to parter er uenige om de rettigheter som er sik-ret av et patent. Disse sakene har i de siste årene økt.¹³ Rettslige tvister for patentinngrep løses stort sett av de sivilrettslige reglene om erstatningssøksmål og ugyldighetssøksmål. En av de viktigste grunnene for sivile søksmål er at beviskravene ved sivilrettslige regler er mer anven-delige i forhold til rettslige tvister som angår patentinngrep. Sivilretten bygger på overvekts-prinsippet. Innholdet i dette prinsippet går utpå at retten skal bygge på det mest sannsynlige faktum.¹⁴ Mens strafferetten på den andre siden bygger på strengere krav i til bevisbyrden. Strafferetten bygger på det materielle sannhetsprinsippet som går utpå at dersom gjernings-personen skal bli dømt, så må det være hevet over enhver rimelig tvil.¹⁵ Et annen viktig grunn

⁸ Ørstavik, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr. 2 2010, s. 134: *Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett.*

⁹ Stenvik Patentrett 3.utgave s.. s. 394.

¹⁰ Prop. 81 L (2012-2013) Følger av høringsuttalelse i pkt. 7.5.

¹¹ I.c.

¹² Prop. 81 L (2012-2013) s. 52-54.

¹³ Basert på søk gjennomført på lovdata 1.4.2015

¹⁴ Hov, Bind 1 side 341 flg.

¹⁵ Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 3. utg. Oslo 1962 s. 102.

er at straff begrunnes i et prevensjonshensyn, mens erstatning også begrunnes i et reparasjonshensyn. Generelt er det mer hensiktsmessig for foretak og bedrifter å gå til erstatningssøksmål for å få økonomisk kompensasjon. Økonomisk erstatning er ofte viktigere en og statuere et eksempel ved å anmelde en person i en bedrift for forsettlig patentinngrep. Et annet viktig argument for at erstatningssøksmål er mer vanlig i Norsk rett er fordi at skyldkravet i patl. § 58 omfatter forsett og uaktsomhet. Derfor kan det legges til grunn at erstatningssøksmål er mer hensiktsmessig for bedrifter fordi at både skyldkravet er lavere ved uaktsomhet og fordi at beviskravene i sivilrettslig søksmål er lavere en i straffesaker.

Norsk rett oppstiller fire vilkår for straff: Det må foreligge en objektiv overtredelse av et straffebud, tiltalte må ha handlet med nødvendig skyld, det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunner, og tiltalte må være strafferettslig tilregnelig. Utgangspunktet i ansvarslæren er at gjerningspersonen må oppfylle alle objektive og subjektive vilkår for å kunne bli straffet. Denne oppgaven kommer til å gå nærmere inn på den objektive overtredelsen og skyldkravet for å vurdere hva som skal til for at domstolene kan dømme for forsettlig patentinngrep, jf. patl. § 57. Strafferettslige sanksjoner er samfunnets herunder domstolenes måte å straffe gjerningspersoner som har begått en lovovertrедelse. Andenæs definerte straff i 1962 slik: «*Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrедelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde.*»¹⁶ Definisjonen er stadfestet av Høyesterett i Rt. 1977 s. 1207. Og sitatet anses som definisjonen på hva som innebærer straff i vid forstand. Straff i alminnelige betydning retter tanken mot de mest opplagte forbrytelsene som for eksempel legemskrenkelser eller narkotikaforbrytelser. Straffesystemet er ment å omfatte alle former for forbrytelser. Forutsetningen er kun at «*Ingen kan dømmes uten etter lov.*», jf. Gunnloven.¹⁷ § 96.¹⁸ Det betyr kun at straff kan ilegges med hjemmel i lov. Straff på patentrettens område som reguleres av spesiallovgivningen som fastsetter vilkårene for straffe gjerningspersoner for forsettlig patentinngrep. Om gjerningsbeskrivelsen «*patentinngrep*» er i samsvar med lovkravet, og om gjerningsbeskrivelsen er i samsvar klarhetskravet som fremkommer av Grl. § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjon¹⁹ Art. 7 kommer til å bli nærmere drøftet i kap. 3.

1.4 Kort om påtalebegjæring og påtalekompetanse

Spørsmålet om påtalekompetanse og påtalebegjæring reguleres i patl. § 57. 3 ledd. «*Offentlig påtale finner bare sted hvis den fornærmede ber om det, med mindre det kreves av allmenne*

¹⁶ Ibid. s. 352.

¹⁷ Heretter forkortet Grl.

¹⁸ Det materielle hjemmelskravet kommer også til uttrykk i EMK art. 7.

¹⁹ Heretter forkortet EMK.

hensyn.» Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at påtalemyndighetene er avhengig av en påtalebegjæring (anmeldelse) av fornærmede som i vårt tilfelle er innehaver av patentet, eller enelisenholder som regnes som fornærmet.²⁰ Eller så har statsadvokatene påtalekompetanse, jf. Straffeprosessloven. § 66, jf. § 67, dersom «*allmenne hensyn*» krever det. Andenæs skriver at: «*det kan her være at handlingen er grovere enn denne slags overtredelser i sin alminnelighet, at den har vakt en særlig oppsikt, eller at det andre grunner finnes nødvendige å innskjerpe straffebudet.*» Et godt eksempel på allmenne hensyn er at en offentlig bedrift foretar systematiske krenkelser av patenthaver sin enerett. I tilfellene når statsadvokatene vurderer om det foreligger «*allmenne hensyn*» så trer påtalemyndighetene inn i saken på grunnlag av at vitale interesser blir berørt. Sitat ovenfor er interessant om det sammenholdes med grunnlaget for lovrevisjonen som var et signal til politi og påtalemyndighetene at immaterielle krenkelser burde prioriteres høyere på grunnlag av hevingen av strafferammen.

1.5 Rettskildebilde og metode

Den primære rettskilden og utgangspunktet for oppgaven er patl. § 57. Straffebudet er et utslag av en lik lovgivning fra andre immaterielle områder for å skape et fullverdig industrielt rettsvern.²¹

Det vil i oppgaven lagt fokus på rettspraksis fra sivilrettslige patentinngreps søksmål. Grunnlaget for det er at sivilrettslige avgjørelse er viktige for å klarlegge innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen, «*patentinngrep*», jf. patl. § 57. 1 ledd. Like veiledende vil rettspraksis fra den alminnelige strafferetten være retningsgivende når innholdet i skyldkravet (kap.4) og særskilte forøvelsesmåter (kap.5) skal vurderes og fastsettes.

Øvrige rettskilder som vil bli brukt er juridisk litteratur og artikler for å forklare innholdet i rettskildene som drøftes.

Utgangspunktet for drøftelsen er den sedvanlige rettsdogmatiske metode som anvendes ved løsning av rettslige problemstillinger i Norge. Oppgaven reiser få metodiske problemer, det er dermed ikke sagt at det ikke foreligger rettskildemessige utfordringer å ta tak i. For det første er rettskildematerialet til oppgaven tynt. Det foreligger ingen Norsk rettspraksis som tar stilling til oppgavens problemstilling, og i tillegg er det lite juridisk teori på området. En av de

²⁰ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 394.

²¹ Prop. 81 L (2012-2013) Følger av høringsuttalelse pkt. 7.4 flg. Alle straffebudene har forsett som skyldform. Bortsett fra kretsmønsterloven som har grov uaktsomhet som skyldform. Medvirkning omfattes av alle straffebudene og forsøksbestemmelsen i strl. § 49 kommer til anvendelse på grunnlag av heving av strafferammen.

metodiske utfordringene med oppgaven er å klarlegge om den objektive gjerningsbeskrivelsen, og vurdere om lovkravet er i samsvar med Grl. § 96 og EMK. Art. 7 (se nærmere 3.2.2).

I oppgaven er det avgjørende å trekke paralleller til strafferettens ansvarslære under fastsettelsen av innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen. Dette reiser metodiske utfordringer ettersom innholdet i patentinngrepslæren blir fastsatt av sivilrettslige avgjørelser fra domstolene. Gjennom hele oppgaven oppstår det rettskildemessige utfordringer når patentretten møter strafferetten.

1.6 Den videre fremstilling og avgrensninger

Oppgaven tar sikte på å klarlegge hva som skal til og hvordan gjerningspersonen kan bli dømt for forsettlig overtredelse av patl. § 57. Det er de materielle vilkårene for ileggelse av straff på patentrettens område som vil bli nærmere behandlet.

Først kommer det til å bli redegjort for gjerningspersonen – hvem kan straffes. Deretter den objektive gjerningsbeskrivelsen for å vurdere hva som skal til for å overtre lovkravet. Videre kommer oppgaven til å vurdere hvilken grad av subjektiv skyld som kreves. Og deretter hvordan gjerningspersonen kan overtre straffebudet gjennom den såkalte straffbare atferden.

Oppgaven kommer også til å foreta en de lege ferenda drøftelse (pkt.4.7) som går utpå hvilken skyldform som er hensiktsmessig ved patentinngrep.

Oppgaven har to hovedvinklinger som kan nevnes innledningsvis. Straffebudet kan analyseres slik: Kap. 3 om den objektive gjerningsbeskrivelsen tar utgangspunkt i patentrettslig vurdering som må analyseres i lys av strafferettens alminnelig prinsipper. Videre i Kap. 4 er strafferettens alminnelige regler utgangspunktet, men her må man trekke paralleller til patentretten. Avgjørende for oppgaven er å vurdere skjæringspunktet mellom patent og straff der det virker hensiktsmessig for å fastlegge de materielle vilkårene.

Avhandlingen avgrenses mot reaksjonsfastsettelsen for forsettlig patentinngrep. Oppgaven kommer heller ikke til å ta for seg patl. § 57. 2 ledd som omhandler straffeskjerpende omstendigheter. Videre avgrenser denne oppgaven mot ansvarslæren spørsmål angående tilregnelighet og straffrihetsgrunner. Oppgaven reiser også problemstillinger rundt internasjonal straffesanksjoner. Men det blir ikke nærmere drøftet her.

2 Gjerningspersonen – hvem kan straffes

Hovedregelen i norsk rett er at det kreves skyld for å kunne straffes. «Personlig ansvar er mao. utgangspunktet».²²

Etter patl. § 57 første ledd kan «den» som forsettlig begår et patentinngrep straffes med bøter eller fengsel inntil ett år. Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden at «den» retter seg mot både fysiske²³ og juridiske personer.²⁴ Fysiske personer er mennesker i motsetning til juridiske personer som kan være for eksempel et foretak.

Straffeansvaret for fysiske personer er som hovedregel obligatorisk: foreligger vilkårene for straff, er gjerningspersonen skyldig, så skal man ilegge straff. Straffeansvaret for foretak fakultativt. Ansvar karakter følger av alminnelig tolkning av at straffeloven.²⁵ § 48 a som sier at «foretaket kan straffes». Hvis vilkårene for straff er oppfylt foreligger, er det i stor utstrekning opp til påtalemyndighetene å avgjøre om saken skal forfølges, og til domstolene å avgjøre om straff skal ilegges eller ikke.²⁶ Sistnevnte reiser særlig problemstillinger ettersom det er fler bedrifter som begår patentinngrep en hva enkelt personer gjør, derfor blir det hensiktsmessig å ta stilling til vilkårene for foretaksstraff.

I den videre fremstillingen blir hovedspørsmålet hvilke patentinngrep hefter foretaket for.

2.1 Særlig om foretaksstraff

Det kommer til uttrykk i lovrevisjonen til patl. § 57 at inngrep som er begått på vegne av et foretak, så kan foretaket straffes etter de alminnelige reglene om straff for foretak i strl. §§ 48a og 48b.²⁷

«Et foretak har ikke evne eller bevissthet til å handle».²⁸ Derfor må ethvert patentinngrep som har rettslige konsekvenser for et foretak være utført av en fysisk person på vegne av foretaket.

²² Matningsdal, Jussens Venner 1996 s 98. (JV-1996-98)

²³ Store Norske leksikon definerer det slik: «Fysisk person, dss. person i vanlig betydning, idet tilføyelsen «fysisk» iblant er nødvendig i juridisk terminologi for å markere motsetningen til juridisk person».

²⁴ Store Norske leksikon definerer det slik: «Juridisk person, rettssubjekt som ikke er en fysisk person, men en stat, kommune, selskap, institusjon, stiftelse, forening el.l. Begrepet juridisk person er noe flytende, idet rettsordenen behandler sammenslutninger som egne rettssubjekter i forskjellig grad; ofte er det en terminologisk smakssak om en sammenslutning skal sies å være en juridisk person».

²⁵ Heretter forkortet strl.

²⁶ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 379.

²⁷ Jf. Prop. 81. L (2012-2013). Kommer til uttrykk under bemerkningene til patl. § 57.

Strl. § 48 a annet ledd definerer hva som forstås med et «foretak», og ved dette hvilke rettssubjekter som kan bli ilagt foretaksstraff.²⁹

Hovedhensynet bak foretaksstraff er å bidra til styrking av straffebudets preventive effekt. I kommentarutgaven til straffeloven skriver det at: «Dersom det bare er adgang til å straffe fysiske personer som har handlet på vegne av foretaket, kan det skje en ansvarspulverisering ved at reaksjonen blir svært beskjedne i forhold til handlingens skadevirkninger».³⁰ Det kan ha den konsekvens at utmålingen av bøter som er reaksjon etter patl. § 57 blir mindre en for tjent en hva patentinngrepets alvorlighet tilsier, ettersom man skal ta hensyn til gjerningspersonen sin personlige økonomi, jf. strl. § 27. Videre kan det tenkes at arbeidsgiver betaler bøkene, og dermed slipper de billigere unna enn hva foretaket hadde gjort om de hadde blitt personlig ansvarlig. Et annet viktig hensyn som ble fremholdt i forarbeidene³¹ til strl. § 48 a. Er at det kan virke urimelig å legge ansvaret på enkeltperson når det helt klart at lovbruddet (patentinngrepet) er skjedd i bedriftens interesse.³²

Underproblemstillingen er derfor på hvilke vilkår kan foretaket straffes for handling som er foretatt av en arbeidstaker.

Grunnvilkåret for foretaksstraff er betinget av at «et straffebud er overtrådt», jf. strl. 48 a. Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at foretaksstraff er betinget av at handlingen er straffesanksjonert i særlovgivningen, vårt tilfelle blir det at en arbeidstaker har overtrådt alle elementene i gjerningsbeskrivelsen, «patentinngrep» (se nærmere pkt.3). I den forbindelse må man videre reise spørsmålet om skyldkravet må være oppfylt. Ved løsningen av dette spørsmålet må man ses hen til annet punktum som fastsetter at straff kan ilegges «selv om ingen enkeltpersoner kan straffes for overtredelsen». Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at ingen enkeltpersoner må bebreides for overtredelsen. Ot. Prp. Nr. 27 (1990-91) s.17 sier at formuleringen innebærer at foretaket kan anvendes også for *anonyme og kumulative feil*.

Med anonyme feil sikter man til hvor det ikke er mulig å utpeke gjerningspersonen. Et godt eksempel kan være en eller flere ansatte i et foretak som driver med utvikling av olje- og gass utstyr for subsea produksjon. I dette tilfellet forutsetter vi at en ukjent ansatt har begått et patentinngrep med tilstrekkelig grad av skyld, det forutsettes videre at under straffeforfølg-

²⁸ Straffeloven kommentarutgave, 2 utg. s. 405.

²⁹ Straffeloven kommentarutgave, 2 utg. s. 405 for nærmere drøftelse.

³⁰ Ibid. s. 392.

³¹ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1987-99) s.5 første spalte

³² I.c.

ningen klarer ikke domstolene identifisere hvem som har begått patentinngrepet. I slike tilfeller åpner forarbeidene for at foretaket må bære risikoen for patentinngrep begått av ukjente arbeidstakere. Hensynet til straffebudet sin preventive virkning og handlingens straffverdighet taler for at foretaket skal bli ansvarlig.

Kumulative feil omfatter flere personer sin bebreidelse. Eksemplet ovenfor kan være like illustrerende dersom vi legger til at flere ansatte til sammen utfører et patentinngrep. Det kan her tenkes at arbeidstakeren sin selvstendige innsats ikke er nok, men tilsammen så utgjør arbeidstakerne en krenkelse. Men lovgiver forutsetter at straffebudet har uaktsomhet som skyldform ved kumulative feil.³³ Derfor vil det ikke være aktuelt for domstolene å dømme et foretak for kumulativ feil begått av arbeidstakere. Grunnen til dette er at forsett er betinget av at den nødvendige kunnskap foreligger enkelt person.³⁴ Det er et begrepskjennetegn på forsett at man ikke kan summere flere personer sin kunnskap for på den måten statuere forsett. Det kan for eksempel ikke legges til grunn at patl. § 57 om forsettlig patentinngrep er overtrådt dersom inngrepet skyldes et ikke forsettlig samvirke mellom forskjellige personer.³⁵ Dersom man ikke kan identifisere gjerningspersonen, kan det nok i uansett være vanskelig å konstatere at gjerningspersonene har utvist forsett. Men de faktiske forhold i en bedrift kan være slik at det er klart at patentinngrepet ikke kunne ha skjedd uten at noen har handlet forsettlig. I sistnevnte situasjon kan ikke foretaket hefte for kumulative handlinger som tilsammen utgjør et patentinngrep. I disse tilfellene vil individuell straffeforfølgning være mer hensiktsmessig.

Det fremgår av strl. § 48 a som sier at handlingen må være foretatt «*på vegne av foretaket*». Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden at en fysisk person (arbeidstaker) må identifiseres med foretaket i forbindelse med det straffbare patentinngrepet. Dette kravet innebærer at vedkommende må ha positiv hjemmel for å handle for den representerte. Slik hjemmel kan finnes i avtale, sedvane eller lov.³⁶ De vanligste tilfellene fra en patentrettslig situasjon kan tenkes å være at arbeidstaker handler på vegne av foretaket på grunnlag av avtale. Et godt eksempel på dette kan være at arbeidsgiver har gitt instruksjoner til arbeidstaker om å eksperimentere på et produktpatent. Undersøkelsen skal klarlegge oppfinnelsen sin virkemåte og virkning, selve formålet med instruksjonen er å finne nye bruksområder for allerede eksisterende patent. Denne situasjonen er praktisk. I dette tilfelle er selve forsøkene og eksperimenteringen lovlig på grunn av unntaket i patl. § 3 tredje ledd nr. 3. Men det interessante i vår problemstilling er om det forutsettes at arbeidstakeren går for langt i selve eksperimenteringen og starter å utnytte oppfinnelsen til gunst for arbeidsgiveren. På den ene siden taler

³³ Straffeloven kommentarutgave, 2 utg. s. 395.

³⁴ Jf. NOU 1989: 11 s. 16 første spalte.

³⁵ Eksemplet er lagd utefra Straffeloven kommentarutgave, 2 utg. s. 395.

³⁶ Matningsdal, Jussens Venner 1996 s 101. (JV-1996-98).

hensyn til innovasjon for og ikke å straffe slike tilfeller, et annet argument som taler i mot er at arbeidsgiveren har gitt en individuell instruks og foretaket bør kunne forholde seg til det. På den andre siden ville ikke situasjonen eller krenkelsen funnet sted om instruksen ikke hadde foreligget, dette taler for å stille foretaket for ansvar. Til slutt taler selve identifikasjonen mellom arbeidstaker og foretaket for at foretaket bør kunne ilegges straff. En av de hovedbegrunnelsene med foretaksstraff er å utvide straffebestemmelsen til å omfatte flere handlinger og situasjoner. Det gjør at det må foretas identifikasjon mellom arbeidsgiver med arbeidstaker sine handlinger – og dermed straffe foretaket.

Videre kan det trekkes den slutning at handlinger som er begått av en utenforstående, men til fordel for foretaket, faller utenfor. Ettersom straffeansvaret er mer omfattende en erstatningsansvaret så er naturlig at man oppstiller noen strengere begrensninger for hvilke inngrep en arbeidsgiver kan stilles til ansvar for.

Neste spørsmål er hvilke handlinger foretaket kan stilles ansvarlig for.

De klareste tilfellene hvor man kan ilegge foretaksansvar er hvor en eller flere arbeidstakere har begått et patentinngrep som er av ren interesse for foretaket. Tilfellene kan f.eks. være individuelle instruksjoner til arbeidstakere om å anvende patenterte fremgangsmetoder, hensynet til straffverdighet for å straffe foretaket i slike situasjoner. Likevel er det riktig nok ikke alle handlinger som blir begått av arbeidstakere som er i samsvar med for eksempel arbeidsinstruks. Utgangspunktet må derfor bero på hvilke handlinger som er begått av arbeidstaker «*på vegne av*» foretaket. Ordlyden «*på vegne av*» innebærer at straffeansvaret for foretak må begrenses i forhold til hvilke handlinger arbeidstakeren har begått. Et godt eksempel på handlinger som faller utenfor foretaksansvaret er illojale handlinger. Det kan tenkes at arbeidstaker begår et patentinngrep for å straffe foretaket generelt eller for ivaretar egne interesser i stedet for arbeidsgiveren, i dette tilfellet ville det være urimelig å stille foretaket ansvarlig for rent illojale handlinger. Det kan også tenkes at patentinngrepet som har blitt begått er til ugunst for foretaket, det er likevel ikke avgjørende for foretakets ansvar. Det er handlingen og ikke konsekvensen som er avgjørende for straffeansvaret.

Reaksjonsfastsettelsen følger av patl. § 57. Den som forsettlig begår patentinngrep kan «*straffes med bøter eller fengsel inntil ett år*». Ordlyden gir domstolene to valgalternativer: bøter og fengsel. Men i realiteten er det bare bøter som er den eneste reaksjonen, da foretak ikke kan settes i fengsel.³⁷

³⁷ Strl. § 28 annet ledd. Når bot ilegges i medhold av § 48 a eller der lovbrakeren var under 18 år på handlings-
tidspunktet, fastsettes ikke fengselsstraff etter første ledd.

I kap. 3-5 vil eksemplene for å redegjøre for innholdet i de materielle vilkårene ta utgangspunkt i et foretaksansvar. Grunnlaget for det, er at patentinngrep oppstår oftere i bedrifter. Patentinngrep oppstår svært sjeldent i private tilfeller. Det må ses i sammenheng med at krenkelsen må utnyttes i «*nærings- eller driftsøyemed*», jf. patl. § 1. Likevel kommer oppgaven til å bruke eksempler fra gjerningspersoner (fysiske mennesker) der det virker hensiktsmessig. Ettersom fengsel ikke er aktuelt i foretaksansvar, så blir konsekvensen av det at man bruker fysiske personer som eksempler i de groveste krenkelsene.

En annen grunn som til denne inndelingen er at kriminelle organisasjoner/grupper ikke omfattes av foretaksbegrepet, og dermed vil personlig straffeforfølgning være eneste alternativ. Det nevnes i denne forbindelse at patentinngrep som har blitt begått i ledd av en organisert kriminell gruppe, så følger det av strl. § 60 a at man kan forhøye maksimumsstraffen. Situasjonen kan tenkes at denne straffeskjerpene bestemmelsen vil komme til anvendelse ved spørsmål om straff på patentrettens område. Dette er fordi at mye tyder på at omfattende og systematiske patentinngrep (også andre industrielle rettigheter) er foretatt gjennom organisert virksomhet hvor flere personer er involvert.³⁸ Dette kommer ikke til å bli nærmere drøftet her ettersom dette er et spørsmål om reaksjonsfastsettelse (se avgrensning pkt. 1.6).

3 Objektive gjerningsbeskrivelsen – «*Patentinngrep*».

3.1 Innledning

Rettslig grunnlag for ileggelse av bøter og straff er dersom gjerningspersonen begår et ”*patentinngrep*”, jf. patl. § 57.

For det første kan straff bare ilegges på grunnlag av en bestemmelse som formelt sett er ”lov”, jf. Grl. § 96. Domstolene må forankre tolkningsresultatet eller den straffbare handlingen (patentinngrepet) i en norsk lovtekst. Utgangspunktet er at patl. § 57 reiser ingen rettskildemessige problemer ved en presiserende fortolkning av hva som innebærer et «*patentinngrep*». Problemene oppstår når domstolene for eksempel foretar en utvidende tolkning av ordlyden i straffesaker, her skiller sivilrettslig søksmål seg fra spørsmålet om straff i patentretten. Det kreves for straffelovgivningen at lovteksten må tilfredsstillende visse minimumskrav når det gjelder presisjonsnivået til lovteksten.³⁹ Sistnevnte angående presisjon omtales ofte som klarhetskravet

³⁸ Følger av høringsuttalelse i Prop. 81 L (2012-2013) pkt. 7.6.

³⁹ Eskeland Strafferett 4.utgave s. 114.

som fremkommer av Grl. § 96 og EMK Art. 7. Klarhetskravet som følger sistnevnte bestemmer følgelig hvor fritt domstolene står ved tolkningen av ordlyden i straffebestemmelser.⁴⁰ Kravet reiser mange interessante problemstillinger under tolkningsspørsmålet av patl. §57.

Hovedproblemstilling i denne delen av oppgaven – hva er et «*patentinngrep*», og hvordan kan domstolene straffe etter patl. § 57. Veien videre blir å vurdere innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen, «*patentinngrep*» og dermed se på hvilke strafferettslige problemstillinger som oppstår ved overtredelse av lovkravet.

Som nevnt ovenfor er ikke straffebestemmelsen anvendt av domstolene. Men ettersom patentkravene danner utgangspunktet både ved patentbarhetsvurderingen og ved inngrepsvurderingen.⁴¹ Så vil tidligere sivilrettslige avgjørelser være veiledende for å fastsette det materielle innholdet patl. § 57. Gjerningsbeskrivelsen «*patentinngrep*» er i utgangspunkt et patentrettlig spørsmål. Men i det blir spørsmålet om spenningen mellom straff og patentrett gjør at patent-inngrepsvurderingen blir annerledes i straffesituasjoner.

Forutsetningen er her som ovenfor, straff kan bare ilegges dersom gjerningspersonen sin utnyttelse er i «*nærings- eller driftsøyemed*», jf. patl. § 1.1.

3.2 Materielle innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen

Hovedproblemstillingen blir derfor hva som innebærer et «*patentinngrep*» i strafferettslig forstand, jf. patl § 57.

Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden at inngrepet vil bero på en tolkning av hva som ligger innenfor patentkravene, og om gjerningspersonen har utnyttet oppfinnelsen uten patenthaverens tillatelse.

I vurderingen om det foreligger et patentinngrep må man ta stilling til eneretten og omfanget til patentet. Det fremgår av patl. § 39 «*Patentvernets omfang bestemmes av patentkravene...*».⁴² Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at omfanget bestemmes av patentkravene. En naturlig konsekvens av det er at fagpersonen i vurderingen av omfanget faller tilbake på innholdet i patentsøknaden. Spørsmålet om patentinngrep blir derfor et spørsmål om patentvernets omfang – hvor langt strekker patenthaver sin enerett seg. Ramme-

⁴⁰ Ibid. s. 135.

⁴¹ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 338.

⁴² Se Art. 69 EPC som gir uttrykk for den same rettsstilstanden.

ne for patentvernets omfang er det samme utgangspunktet for inngrepsvurderingen ved sivilrettslig og strafferettslig patentinngrep. Et grunnleggende hensyn som vektlegges i strafferetten er hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet, hensynet må ses i sammenheng med at gjerningsperson må kunne forutse sin rettsstilling. I spørsmålet om straff på patentretens område så skal vi se hvordan dette hensynet blir ivaretatt ved fortolkningen av patentkravene.

Når man skal avgjøre om det foreligger et patentinngrep, skiller Stenvik gjerne mellom totrinnsvurdering⁴³: Først må patentkravene tolkes. Derneft må det foretas en identitetsvurdering hvor tolkningsresultatet må sammenlignes med den påståtte inngrepsgjenstanden, for å avgjøre om likheten er tilstrekkelig til at denne faller innenfor patentets beskyttelsesomfang.⁴⁴ Når domstolene vurderer et strafferettslig patentinngrep så må utgangspunktet være om gjerningspersonen har utnyttet oppfinnelsen uten patenthaverens tillatelse, se patl. § 1 første ledd. For at det skal være en krenkelse så må utnyttelsen enten knytte seg til «...produkt», jf. patl. § 3 første ledd nr. 1. Eller så må utnyttelsen knytte seg mot «...fremgangsmåten», jf. patl. § 3 første ledd nr. 2.⁴⁵

Den neste problemstillingen under tolkningsspørsmålet (tolkningen av patentet) blir hvilke tolkningsfaktorer domstolene legger til grunn ved avgjørelsen om det foreligger et strafferettslig patentinngrep. Vurderingen foretas for å presisere innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Det generelle spørsmålet er hvilken grad av likhet eller nærhet det må være mellom den patenterte og den konkurrerende fremgangsmåten - inngrepsgjenstanden - for at patentet skal være krenket.⁴⁶

3.2.1 Tolkning av patentkravene

Spørsmålet blir da hvilke tolkningsfaktorer domstolene legger til grunn ved tolkning av patentkravene i en straffesak.

Utgangspunktet for patentvernets omfang beror på en fortolkning av patl. § 39, ordlyden sier ikke noe direkte om dette. Utgangspunktet blir patentkravets ordlyd. Ord og uttrykk må forstås

⁴³ Jf. Schovsbo og Rosenmeier 2013 s. 384-385. Schovsbo og Rosenmeier skiller riktig nok mellom tre trinn – tolkning, sammenligning og ekvivalensvurderingen. Men i realiteten er det ikke noen realitetsforskjell som ligger i dette.

⁴⁴ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 338.

⁴⁵ Ibid. s. 339.

⁴⁶ Problemstillingen kan utledes av Rt. 2009. s.1035.

i sin vanlige betydning, og derfor er det den objektive betydningen av patentkravene som er avgjørende. Utgangspunktet må være å foreta en helhetsvurdering ut fra sammenhengen, og ut fra hvordan det ville være naturlig for en fagperson på området kan forstå kravene.⁴⁷

Tolkningsfaktorene har videre blitt fastslått av Høyesterett i Rt. 1997 s. 1749. Saken handlet om patent var gitt på en fremgangsmåte og et produkt til oppsamling av fôrrester (fôrpellets) som synker ned under mærposer i et oppdrettsanlegg. Fôrpellets ble skilt fra avfall og via et pumpesystem transportert til overflaten for eventuell gjenbruk. Høyesterett kom til at det ikke var patentinngrep at et fiskeoppdrettsanlegg anvendte et oppsamlingssystem som ikke tok sikte på å sortere ut fôrrester for gjenbruk. Saken er relevant fordi Høyesterett kom med generelle bemerkninger angående hvordan man skal tolke patentkravene og derfor relevant for innholdet i patentinngrepsvurderingen. Høyesterett utalte at: «*Utgangspunktet for fastleggelse av patentenes verneområde er selve patentkravet, jf. patentloven § 39. Patentet omfatter ikke mer enn det som kan utledes av kravet etter en objektiv fortolkning basert på en fagmanns forståelse av ordene og sammenhengen...*». Høyesterett har lagt til grunn at patentkravene sin objektive fortolkning er avgjørende for å fastsette innholdet i patentkravene. Patentet omfatter ikke mer enn det som kan utledes av kravet etter en objektiv fortolkning basert på en fagmanns⁴⁸ forståelse av ordene og sammenhengen. Fra et strafferettslig perspektiv er dette uproblematisk ettersom objektiv fortolkning av ordlyden er i samsvar med strafferettens presisjonskrav.

Forutsetningen for at det oppstår et spørsmål om patentinngrep er at det ofte foreligger flere tolkningsalternativer for hvor vidt man skal forstå patentvernets omfang. I de tilfellene ordlydens objektive fortolkning ikke gir noen klare føringer på rekkevidden, så fremgår det av Stenvik at det er viktig at «*patentkravene forstås i den kontekst de inngår*».⁴⁹ Dette følger direkte av patl. § 39 annet punktum at: «*..For forståelse av patentkravene kan veiledning hentes i beskrivelsen*». Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at ved tolkningstil angående fortolkningen av patentkravene så kan man hente forståelse i beskrivelsen. Et godt eksempel på hvordan dette løses i praksis er at søkeren har definert et ord eller uttrykk på en bestemt måte i beskrivelsen så skal dette legges til grunn ved forståelsen av patentkravene. Likevel er det viktig å fastholde lovens utgangspunkt om at motstrid mellom forståelsen

⁴⁷ Kommer til uttrykk i Høyesterett sin avgjørelse i 1997. s. 1749.

⁴⁸ NU 1963:6 side 126 definerer fagmannen eller gjennomsnittsfagmannen slik: «en tenkt person som har alminnelig fagkunnskap på vedkommende tekniske områder, men som likevel ikke har særlig inventive evner. Man tenker seg at gjennomsnittsfagmannen er fullt ut kjent med alt som er allment kjent forut for søknadsdagen, og at han dessuten skal kunne utnytte alt det kjente materialet på en god fagmessig måte og foreta nærliggende nye konstruksjoner. Hvem gjennomsnittsfagmannen er, vil variere med hvilket tekniske område man befinner seg på».

⁴⁹ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 350.

av patentkravene og beskrivelsen er det som hovedregel patentkravene som skal gå foran. Dette er i samsvar fra et strafferettslig perspektiv, forutberegneligheten til gjerningspersonen står sterkere når domstolene forholder seg patentkravene. Det er patentkravene og ikke beskrivelsen som fastsetter beskyttelsesomfanget.⁵⁰ Stenvik skriver at: «*Patentkravene skal tolkes, ikke omskrives*».⁵¹ Sitatet må ses i sammenheng med hensynet til tredjeperson sin innretelse av patentkravene. Neste spørsmål som reiser seg er om disse tolkningsfaktorene hadde stilt seg annerledes i en straffesak. Hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet bør tillegges stor vekt i en straffesak, det betyr at enhver innsnevring av patentkravene vil være til gunst for gjerningspersonen. Situasjonen blir slik at dersom patentvernets omfang blir tolket videre på grunnlag av beskrivelsen, så resulterer det i at gjerningspersonen sin atferd rammes av flere tilfeller en hva den objektive beskrivelsen av patentkravene gir uttrykk for. Dette hensynet kan også ses i sammenheng med det materielle sannhetsprinsipp som går utpå at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.

Det er videre antydning i forarbeidene at søknadskorrespondansen kan få betydning for tolkingen av patentvernets omfang.⁵² Har for eksempel patenthaver argumentert ovenfor Patentstyret om hvordan man skal forstå patentet, så kan det vanskelig høres med at man skal legge til grunn en videre forståelse av patentet dersom det oppstår inngrepssak. Dette er fordi ingen andre en patenthaver selv har bedre forståelse på hva som omfattes av patentet og hvordan oppfinnelsen skal forstås. Forarbeidene taler derfor for at søknadskorrespondansen kan få en selvstendig rettslig betydning som innskrenker patentvernets omfang. Søknadskorrespondansen kan imidlertid bare brukes for å presisere eller begrense patentvernet, ikke til å utvide det.⁵³ En slik begrensning er viktig for gjerningspersonen sin forutberegnelighet og er langt på vei en tolkningsfaktor som kan komme tiltalte til gode i en straffesak. Fra et strafferettslig perspektiv kan det derfor legges til grunn at søknadskorrespondansen mellom patenthaver og Patentstyret kan ha større betydning for domstolene sin vurdering angående patentvernets omfang, og dermed relevant om man skal illegge straff.

Andre tolkningsfaktorer som vektlegges ved sivile inngrepssaker er utenlandske parallellpatenter og uttalelser fra European patent office (EPO). Selv om det etter omstendighetene kan være argumenter som taler for å legge vekt på utenlandske parallellpatenter, er det en faktor som bør brukes med atskillig forsiktighet.⁵⁴ Dette er fordi at andre land kan ha ulike tolkningsfaktorer som utgjør patentvernets omfang. Spesielt bør man være tilbakeholden i straffe-

⁵⁰ Jf. Dreietårndommen, Rt.2001 s. 450.

⁵¹ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 355.

⁵² Jf. NU 1963:6 s. 186.

⁵³ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 351.

⁵⁴ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 357.

rettslig inngrepsvurdering. Patenthavere som påstår at de har blitt utsatt for patentinngrep bør kunne forutse sin rettsstilling ut ifra nasjonale tolkningsfaktorer. En annen grunn for og ikke vektlegge utenlandske parallellpatenter er lovkravet i Grl. § 96. På strafferettens område reiser det seg et spørsmål om dommeren har den samme frihet som på andre rettsområder.⁵⁵ Svaret beror på hvilke formål lovkravet bygger på, nemlig å utelukke vilkårlighet og rettsuvitenhet ovenfor den tiltalte. Dersom domstolene bygger på prinsipper og hensyn for å utvide patentvernets omfang til ugunst for tiltalte så ville det vært i strid med lovkravet i Grl. § 96. For å unngå vilkårlighet fra domstolene så oppnås det når domstolene holder seg strengt til ordlyden, og dermed foretar en presiserende fortolkning av lovkravet. Hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet taler for en slik tilbakeholdenhet. Når det gjelder bruk av EPO sine uttalelser og utenlandske parallellpatenter som er til gunst for tiltalte, så oppstår det ingen problemer i forhold til lovkravet. Den videre betydningen av utenlandske rettskilder i Norsk strafferett er et rettskildespørsmål som faller utenfor denne oppgaven.

Ovenfor har vi sett på hvilke utfordringer domstolene må ta stilling til når det oppstår tolkningsalternativer ved tolkningen av patentkravene. Det er ikke mulig å gi noen uttømmende liste over hvilke tolkningsfaktorer som er relevant ved hver enkel patentinngrepssak.⁵⁶ Utgangspunktet blir derfor hva som objektivt er kommet til uttrykk gjennom patentkravene, og ikke hva patentsøkeren subjektivt har ment å beskytte. Stenvik skriver at: «*En bør således legge stor vekt på argumenter som utledes av patentkravet, og relativt stor vekt på argumenter som utledet av patentskriftet for øvrig*».⁵⁷ Sitatet kan sies og være i samsvar med strafferettens presisjonskrav som kommer til uttrykk i Grl. § 96 og EMK. art. 7. Videre blir det fremholdt at det ikke er grunnlag for å si at uklarheter angående forståelsen av patentkravene alltid skal løses i patenthavers disfavør. Men det er likevel fundamentalt at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode i en straffesak, dette gjelder også ved tolkningen av patentkravene.

Ovenfor har tolkningsfaktorene for innholdet i patentkravene blitt vurdert. Dette leder oss inn i trinn to av inngrepsvurderingen. Hvilken grad av likhet eller nærhet det må være mellom den patenterte og den konkurrerende fremgangsmåten - inngrepsgjenstanden - for at patentet skal være krenket.

Utgangspunktet er at alle elementene i patentkravet må gjenfinnes i inngrepsgjenstanden («all elements rule»)⁵⁸. Rent praktisk så må domstolene i straffesaker foreta en analyse av patentkravene (omfatter også underkravene) til innehaver av patentet og dermed foretar en sammen-

⁵⁵ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 117.

⁵⁶ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 358.

⁵⁷ Ibid. s. 359.

⁵⁸ I.c.

ligning av gjerningspersonen sin påståtte krenkelse. Et godt eksempel på et patentinngrep som faller direkte under definisjonen i patentkravene, er om gjerningspersonen systematisk foretar en *identisk utnyttelse* av den patenterte oppfinnelsen. Da er utgangspunktet og hovedregelen at det foreligger patentinngrep.⁵⁹ Men som oftest foreligger det ikke en identisk utnyttelse av patentkravene og da blir spørsmålet om det eventuelt foreligger en ekvivalent utnyttelse av oppfinnelsen. Det er her en glidende overgang mellom den generelle inngrepsvurderingen og ekvivalens. Stenvik skriver: «*spørsmålet om ekvivalens kan oppstå hvis ett eller flere elementer i patentkravene er erstattet med andre elementer, eller hvis ett eller flere elementer er utelatt*».⁶⁰

3.2.2 Identitetsvurderingen – ekvivalenslæren sett i et strafferettslig lys

Sammenligning som i strafferettslig inngrepstilfeller må skje av patentet og den påståtte inngrepsgjenstanden. Patentvernets omfang vil til en viss grad måtte være skjønnsmessig og patentbeskyttelsen vil i en del tilfeller strekke seg utover patentkravets ordlyd.⁶¹ Problemstillingen er hvilke rettslige normer som styrer denne inngrepsvurderingen i et strafferettslig perspektiv.

En ekvivalent utførelsesform er en utførelsesform som ikke er omfattet av patentkravets ordlyd, men som anses omfattet av patentvernet fordi den er likeverdig med den patenterte oppfinnelsen.⁶² Ekvivalens gir patenthaver en videre beskyttelse fordi den er likeverdig med den patenterte oppfinnelsen. Derfor må det tas stilling til hva som omfattes av den utvidende beskyttelsen, og vurdere ekvivalens opp i mot den objektive gjerningsbeskrivelsen, «*patentinngrep*», jf. patl.§ 57. Men først kommer jeg kort til å gjennomgå innholdet og grunnlaget for ekvivalenslæren, for deretter vurdere den opp mot den objektive gjerningsbeskrivelsen, og kravene i strafferetten.

Patentloven inneholder ingen bestemmelse angående ekvivalens, men ekvivalenslæren anses å være en del av Norsk rett. Ekvivalenslæren ble fastsatt av Høyesterett i Rt 2009 s. 1055 (Donepezil).⁶³ Donepezil-saken gjaldt krav om midlertidig forføyning for påstått inngrep i et analogifremgangsmåtepatent. Saken gjaldt mer konkret angående rekkevidden av patentver-

⁵⁹ Stenvik Patenter beskyttelsesomfang 2001 s. 578.

⁶⁰ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 360.

⁶¹ Jf. Ørstavik, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr. 2 2010, s. 134: *Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett*.

⁶² Stenvik Patenter beskyttelsesomfang 2001 s. 662.

⁶³ Rt. 2009 s. 1055 (avsnitt 29 og 30). Dommen gir også uttrykk for at art. 2 i tolkningsprotokollen til art. 69 EPC er i samsvar med felles europeisk praksis.

nets omfang, jf. patl. § 39, og uenighet knyttet til ekvivalenslæren. Saken er relevant fordi den stadfester ekvivalenslæren og gir en viss avklaring av ekvivalenslærens innhold og dermed av interesse for hva som innebærer et «*patentinngrep*». Høyesterett uttaler i avsnitt 33:«*Det avgjørende må derfor bli en konkret vurdering av om metoden har en tilstrekkelig nærhet i fremgangsmåten i patentkravet, slik at den kan karakteriseres som noenlunde identiske. Noe annet ville være å fjerne seg for langt fra utgangspunktet om at patentkravet bestemmer beskyttelsesomfanget.*» Ut ifra Høyesterett sin uttalelse kan vi se de tre kriteriene som også Are Stenvik⁶⁴ har oppstilt for ekvivalens:

1. Inngrepsgjenstanden må løse samme problem som den patenterte oppfinnelsen,
2. de modifikasjoner som er gjort må ha vært nærliggende for en fagmann, og
3. Patentinngrepsgjenstanden må ikke tilhøre den frie teknikk.

Høyesterett har konkludert med at ekvivalenslæren kan være utvidelse av patentvernets omfang. Poenget er at oppfinnelser som er modifikasjoner av en allerede patentert oppfinnelse har likeverdig behov for beskyttelse. Derfor kan man trekke den slutningen at andre metoder som ikke er modifikasjoner av den patenterte metoden faller utenfor patentbeskyttelsen, dette gjelder uavhengig om det er nærliggende for fagmannen å løse problemet utefra hva som var kjent (teknikkens stand). Fra et strafferettslig perspektiv er det interessant å ta stilling til om gjerningspersonen kan blir dømt for forsettlig patentinngrep hvor patenthaver har et utvidet beskyttelsesomfang. Situasjonen vi befinner oss i er at ekvivalens er en utvidende fortolkning av patentkravene. Derfor må grensene for utvidende lovtolkning klarlegges. Jo lenger tolkingen fjerner seg fra ordlyden jo vanskeligere blir presisjonskravet/klarhetskravet i forhold til Grl. § 96 og EMK. art. 7.

Hovedspørsmålet blir derfor hvilken betydning har ekvivalenslæren for vurderingen av hva som innebærer et «*patentinngrep*» etter patl. § 57, og om bestemmelsen er i samsvar med EMK. art. 7.

Spørsmålet er et lovtolkningsspørsmål. Tolkningalternativene er om «*patentinngrep*» i patl. § 57 omfatter kun inngrep etter patentinngrepslæren («*all elements rule*») og den alminnelige inngrepsvurderingen eller om den også omfatter inngrep i ekvivalente utførelsesformer.

EMK. Art. 7 stiller krav til lovgrunnlaget for ileggelse av straff. Dermed oppstår det et spørsmål om presisjonskravet er oppfylt i forbindelse med EMK. art. 7. Derfor må vi ta stilling hvilke skranker EMK har oppstilt. Spørsmålet om ekvivalente utførelsesformer omfattes av

⁶⁴ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 368 flg.

patl. § 57 har ikke blitt vurdert i praksis tidligere og derfor er det interessant å ta stilling til rekkevidden av straffebestemmelsen på patentrettens område.

Underproblemstillingen blir dermed om ekvivalenslæren sin utvidende patentbeskyttelse på strafferettens område, er i samsvar med klarhetskravet i EMK. art. 7.

Utgangspunktet fremgår av Grunnloven § 96 og EMK. art. 7 som gir uttrykk for klarhetskravet. Poenget er at straffelovgivningen krever et minimumskrav til presisjon i lovteksten. Innledningsvis må det presiseres at presisjonskravet kommer til uttrykk i både Grunnloven § 96 og EMK art. 7 nr. 1. Men ettersom EMK antas å stille strengere presisjonsnivå enn Grunnloven, se Rt. 2002 s. 1069.⁶⁵ Så må vurderingen rette seg mot de skranker som EMK har oppstilt.

Høyesterett oppsummerer rettstilstanden i EMK. art. 7 i Rt. 2009 s. 780 (avsnitt 21): «*Etter EMDs praksis inneholder artikkel 7..... forbyr at straffebestemmelser blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte, se Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 2. utgave, København 2007, s. 503 ff. med nærmere henvisninger til praksis. For at det hjemmelskrav som følger av EMK artikkel 7, skal være tilfredsstillt, må det fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlatelser som rammes..... I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det - for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen - ofte også er nødvendig å benytte formuleringer som i større eller mindre grad er vage, og hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen, se storkammerdom 15. november 1996 i saken *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 32».*

Utefra Høyesterett sin uttalelse kan det legges til grunn at den materielle siden av hjemmelskravet inneholder to komponenter. For det første innebærer det et klarhet- eller presisjonskrav (lex stricta/lex certa) og for det andre innebærer hjemmelskravet et analogiforbud. Av vår interesse er hvilke strafferettslige implikasjoner klarhetskravet/presisjonskravet reiser ekvivalens ved fortolkningen av patl. § 57.

⁶⁵ Kommer til uttrykk i mindretallet sitt votum.

På den ene siden følger det av EMD sin fortolkning av EMK. art. 7 at krav om strafferegler ikke skal tolkes utvidende til tiltaltes ugunst.⁶⁶ Hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet støtter et slikt syn. Et særlig problem som reiser seg ved ekvivalens er at tolkningen av patentkravene skjer konkret, og kun i forhold til en bestemt (mulig) inngrepsgjenstand. Det innebærer at ekvivalens ikke er mulig å fastslå på forhånd. Det betyr at ekvivalensvurderingen ikke kan foretas før den mulige inngrepsgjenstanden foreligger. Sistnevnte skaper store problemer med hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet og kan sies å tale i mot straff ved patentinngrep av ekvivalente utformelser. Men på den andre siden taler lovens system for en utvidende fortolkning av patentkravene. Det kan utledes av at innholdet i straffebestemmelsen beror på en konkret vurdering av patentvernets omfang. Og ettersom ekvivalens er del av patentvernet omfang, som har blitt anerkjent lære nasjonalt og internasjonalt, så taler det for domstolene kan foreta en utvidende tolkning av ordlyden.⁶⁷

Videre kan det argumenteres for at alminnelig rettskildelære taler for en utvidende tolkning. Eckhoff⁶⁸ oppstiller grovt sagt skille mellom subjektive, teologiske og objektive tolkningsprinsippet. Det er den objektive vurderingen av patentkravene sine ord og uttrykk som anvendes i vurderingen om det foreligger et *patentinngrep*, derfor skal det legges vekt på *lovens mening* (ordlydens objektive fortolkning). Anvender vi det objektive tolkningsprinsippet når vi fastsetter innholdet i inngrepsvurderingen så taler dette prinsippet for at man skal forstå lovens ordlyd i sammenheng med lovens mening. Og lovens mening i vårt spørsmål er at patentinngrepsvurderingen må vurderes ut ifra patentvernets omfang, og dermed taler lovens system for at en utvidende tolkning av ordlyden bør godtas, selv om ekvivalens ikke kan sies å utledes direkte fra ordlyden sin naturlige språklige forståelse. Et annet argument som taler i samme retning er andre europeiske lands rett også anvender ekvivalens ved patentinngrep. Stenvik skriver at: «*Erfaring viser at intet land har maktet å utmeisle patentvernets omfang på en måte som skaper klare grenselinjer mellom det lovlige og ulovlige. Forklaringen er ganske enkelt at patentkravene er formulert uten kjennskap til de senere omtvistede utførelsesformer, og de er derfor ikke egnet til å løse grensespørsmål som oppstår.*»⁶⁹ Det fremgår videre at språkets presisjon eller menneskets fantasi ikke er tilstrekkelig når det gjelder å trekke grensen mellom lovlig og ulovlig i en teknologisk utvikling som vil pågå gjennom patentes levetid. Likevel er hensynene til prevensjon og straffverdighet er ofte avgjørende for de

⁶⁶ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utgave s. 120.

⁶⁷ EPC art. 69 gir uttrykk for ekvivalenslæren. I tolkningsprotokollen av 2000 er fastslått at art. 69 skal forstås slik at patentbeskyttelsen også omfatter ekvivalente utførelsesformer.

⁶⁸ Eckhoff: rettskildelære s. 148 flg. Den objektive tolkningsteori, går ut på å fastlegge «lovens mening» etter en isolert tolkning, subjektive tolkningsteori går ut på å fastlegge «lovgiverens mening» med regelen, typisk at lovgiver henviser til subjektive meninger med lovens ordlyd, den teleologiske tolkningsteori går ut på formålet med regelen.

⁶⁹ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 366.

resultatene som Høyesterett kommer til.⁷⁰ Hensynet bak patl. § 57 er å ramme de systematiske rettighetskrenkelsene og straffebestemmelsen er ment å være preventiv for å motvirke patent-inngrep.

Hovedkonklusjonen er at ekvivalens på strafferettens område er i samsvar med klarhetskravet i EMK. art. 7.

4 Subjektiv skyld i krenkelse av patentvernet

4.1 Innledning

Det fremgår av patl. § 57. 1 ledd at den som ”forsettlig...” begår patentinngrep kan straffes med bøter eller fengsel inntil et år. Som Andenæs skriver: «*En rent språklig analyse av ordet forsett, fører ikke langt*».⁷¹ Straffebudet inneholder ingen nærmere definisjon av forsett, men det vanligste er å sonde mellom tre hovedtyper; hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett (konsumerer visshetsforsettet) og dolus eventualis.⁷² Ettersom ordlyden ikke gir noen nærmere begrensning av hva slags type forsettskrav som gjelder så kan det legges til grunn at alle former for forsett er tilstrekkelig.⁷³

Det gjelder et grunnleggende krav om subjektiv bebreidelse i Norsk strafferett. «*Det sentrale i forsettsbegrepet er uansett at gjerningspersonen vet hva han gjør*».⁷⁴ Utgangspunktet er at krenkeren av patentet må vite at han begår et patentinngrep for å bli straffet for fullbyrdet patentinngrep. Her skiller patl. § 57 seg fra den alminnelige krenkelsesvurderingen. I spørsmålet om patentinngrep etter sivilrettslig søksmål kreves det ikke samme grad av subjektiv skyld. Dette er fordi at spørsmålet om patentvernets omfang etter patl. § 39 er en objektiv vurdering. På strafferettens område er det skyldkravet og den subjektive vurderingen avgjørende for at det foreligger en overtredelse. Patl. § 57 inneholder derfor både objektive og subjektive vilkår for å ilegge straff.

⁷⁰ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 553.

⁷¹ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utgave s. 232.

⁷² Ibid. s. 209 flg. Se oppdelingen i Strl. 2005 § 22, som er i samsvar med gjeldende rett.

⁷³ Ibid. s. 217. Som regel kommer strl. § 40.1 ledd til anvendelse. Men denne bestemmelsen inneholder en begrensning da regelen bare skal gjelde «denne Lovs Straffebestemmelser» Derfor kan ikke straffelovens hovedregel om forsett være supplerende i spesiallovgivningen, og herunder i patentretten.

⁷⁴ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 292.

Hvilke forsettskrav som kreves beror på en tolkning av ordlyden i patl. § 57. Som nevnt ovenfor gir ikke ordlyden noen nærmere begrensning for hva slags type forsettsformer som kreves. Innholdet i skyldkravet i patl. § 57 beror derfor på en analyse av hver enkel del av forsettslæren. Dette er avgjørende for å fastsette hva som skal til for at gjerningspersonen kan bli dømt for forsettlig patentinngrep.

Utgangspunktet er at forsettet må omfatte alle de elementer som til sammen utgjør den objektive beskrivelsen av den straffbare handling «*patentinngrep*», dette omtales som dekningsprinsippet i juridisk teori.⁷⁵ Sagt på en annen måte så må gjerningspersonens oppfatning eller tanker i den konkrete situasjonen, altså under oppfyllelse av patentinngrepet, inneha tilstrekkelig grad av subjektiv skyld. Stenvik skriver at: «*forsettskravet omfatter alle de objektive omstendigheter som betinger straffbarheten, først og fremst patentens eksistens, at patentet tilhørte en annen, og at patenthaveren ikke hadde gitt tillatelse til utnyttelsen, og de handlinger som utgjorde patentinngrepet*».⁷⁶ Stenvik sitt sitat danner grunnlaget for de mest aktuelle situasjonene for patentrettslig straff. Særlig patentets eksistens, patentens tilhørighet, spørsmålet om tillatelse til utnyttelse og inngrepshandlinger som utgjør patentinngrepet danner grunnlaget for den videre drøftelsen.

De klareste formene for forsett til å bli drøftet først for deretter problematisere grensetilfellene om det foreligger tilstrekkelig grad av skyld – forsett. Problemene som oppstår nedenfor er i hvilken grad domstolene forholder seg til kravet om forsett når gjerningspersonen ikke vet om at det foreligger et patent på området. Særlig problemer rundt subjektiv bebreidelse oppstår ved ekvivalens– sistnevnte kommer til å bli gjennomgått nærmere.

En av problemstillingene under lovrevisjonen⁷⁷ var å vurdere om hvilken skyldform som var mest hensiktsmessig på patentrettens område. Problemet er å trekke grensen mellom de mest straffverdige tilfellene som hører under forsettet, og de mindre straffverdige som hører hjemme under uaktsomheten. Patl. § 57 retter seg mot «*forsettlig patentinngrep*». Når det gjelder hvilken skyldform som er mest hensiktsmessig på patentrettens område vises det her til pkt. 4.7.

Som nevnt innledningsvis i pkt. 1.6 er dette en strafferettslig vurdering som tar utgangspunkt i strafferettens alminnelige lære. Denne delen av oppgaven kommer til å ta utgangspunkt i strafferetten for deretter trekke paralleller til den objektive gjerningsbeskrivelsen for å fastsette innholdet i skyldkravet.

⁷⁵ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 221.

⁷⁶ Are Stenvik Patentrett 3.utgave s. 395.

⁷⁷ Se Prop. 81 L (2012-2013).

4.2 Hensiktsforsett

Hensiktsforsett foreligger hvor følgen av handlingen var tilsiktet.⁷⁸ Det som kjennetegner hensiktsforsett er at gjerningspersonen ønsker å handle i strid med straffebudet. Et godt eksempel på dette kan være at arbeidstaker på vegne av foretaket bevisst og systematisk vet at han anvender teknologi som er patentert i «*nærings- eller driftsøyemed*», jf. patl. § 1. Gjerningspersonen kommer i dette eksemplet tilfeldigvis over eneretten til patenthaver og velger likevel å handle i strid med straffebudet. Handlingen er impulshandling som er tilsiktet. I slike tilfeller taler hensynet til straffverdighet for å straffe. I eksemplet ovenfor er det nærliggende at foretaket hadde blitt dømt for forsettlig patentinngrep, og dermed blitt ilagt bot. Forutsetningen er selvsagt at alle de andre vilkårene i ansvarslæren er oppfylt. Hensiktsforsett ved patentinngrep reiser få problemer angående skyldkravet fordi det foreligger en vilje om å overtre straffebudet. Forsett foreligger derfor når gjerningspersonen begår et patentinngrep med hensikt. Ovenfor ble det konkludert i pkt. 3.2.2 at ekvivalens kan være en del av patentvernets omfang. Ekvivalens er ikke praktisk her på grunn av at hensiktsforsettet retter seg mot gjerningspersonen sine tilsiktede handlinger, derfor blir situasjonen slik at gjerningspersonen har oversikt over patentvernets omfang når han begår patentinngrepet.

4.3 Overlegg – særlig aktuelt på patentrettens område

Overlegg er ingen egen forsettsform. Men overlegg har likhetstrekk med hensiktsforsettet fordi selve handlingen er et resultat av at gjerningspersonen har tenkt å handle i strid med straffebudet, forskjellen er bare på hvilket tidspunkt gjerningspersonen har tenkt å begå et forsettlig patentinngrep.⁷⁹ Ved et overlegg så har gjerningspersonen overveiet at man skal forta patentinngrepet.⁸⁰ Vurderingen er likevel annerledes ettersom et overlegg er overveid beslutning i motsetning av en umiddelbar impulshandling.⁸¹ Denne vurderingen retter seg mot tidspunktet før gjerningstidspunktet. Dette står i motsetning til vanlig forsettslæren på grunn av den normale forsettsvurderingen retter seg mot skylden på gjerningstidspunktet. For at det skal foreligge et overlatt patentinngrep så må gjerningspersonen ha veiet for og imot om han vil handle. Eskeland skriver at: «*Det kreves tillegg både at overveielsen munner ut i en avgjørelse om å utføre handlingen, og at handlingen deretter utføres som et direkte resultat av av-*

⁷⁸ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 233.

⁷⁹ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 299.

⁸⁰ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 242.

⁸¹ I.c.

gjørelsen.⁸² Samme eksempel kan brukes som ovenfor i pkt. 4.2. Forskjellen er her at arbeidstakeren velger å begå et patentinngrep etter fastlagt plan, i motsetning til hensiktsforsett som omfatter impulshandlingene. Overlegg kan tenkes å være det mest praktiske i forhold straffespørsmålet i patentretten, det kan begrunnes i at systematiske og grove krenkelser er et utslag av planlegging.

Ingen straffebestemmelser har overlegg som vilkår for straff, heller ikke patl § 57. Likevel kan vi si at overlegg ofte kan anses som et moment i vurderingen om det «*foreligger særlig skjerpene omstendigheter*», jf. patl. § 57.2 ledd. Spørsmålet om overlegg vil derfor være et moment domstolene tar stilling til om det foreligger straffeskjerpene omstendigheter ved et patentinngrep.

Både hensiktsforsett og overlegg kan være aktuelle situasjoner som kan føre til straffeforfølgning av patentinngrep i fremtiden. Grunnen til at disse gjør seg gjeldene er at selve formålet med patl § 57 er å ramme grove patentinngrep. Og som regel så er grove patentinngrep et resultat av overveielse og en vilje til å overtre straffebudet.

Ekvivalente krenkelser ved hensiktsforsett og overlegg kan tenkes å oppstå i noen situasjoner. Et godt eksempel på dette kan være vet at oppfinnelsen ikke omfattes av oppfinnelsen. Men forutsetningen i dette eksemplet er at gjerningspersonen er en fagperson som har god forståelse av oppfinnelsen sitt bruksområde, og tenker derfor at den oppfinnelsen han bruker som ikke er identisk med allerede patenterte oppfinnelsen er såpass lik at den omfattes av patentvernets omfang. I et slikt tilfelle vil ikke straff på grunnlag ekvivalens være problematisk. Ettersom gjerningspersonen har kunnskap om den mulige ekvivalente beskyttelsen når han begår patentinngrepet så taler straffverdighet for å straffe han.

En annen vurdering som aktualiseres på grunn av overlegg og hensiktsforsett er statsadvokatene sin påtalekompetanse. Ved grove og systematiske patentinngrep så vil det være enklere for statsadvokaten å komme til at «*allmenne hensyn*», jf. patl. § 57. 3 ledd er oppfylt. Og dermed kreves det ikke påtalebegjæring fra patenthaver.

4.4 Sannsynlighetsforsett

Vurderingen blir hva som innebærer et patentinngrep på grunnlag av sannsynlighetsforsett som skyldform.

⁸² Eskeland Strafferett 3. utgave s. 299.

Denne formen for forsett foreligger når gjerningspersonen holder det som «overveiende sannsynlig»⁸³ at det vil medføre en krenkelse av patenthavers enerett. Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at gjerningsmannen i gjerningsøyeblikket må ha regnet patentinngrepet som sannsynlig.⁸⁴ En alminnelig oppfatning er at grensen går ved 50 % sannsynlighet. Det er i denne sammenheng ikke mulig å tallfeste nøyaktig hvor sannsynlig en krenkelse eksisterer eller vil inntreffe, prosentangivelsen anses som et hjelpemiddel for tanken. Andenæs definerer uttrykket sannsynlighetsforsett «når gjerningsmannen har betraktet som mer sannsynlig at det forbryterske resultat ville inntre enn det motsatte».⁸⁵ Høyesterett har også definert forsettkravet i Rt. 2011 s. 1104. «overveiende sannsynlig – det betyr akkurat det: mer sannsynlig enn det motsatte». Eskeland sier at: «Det er vanlig å si at det ikke er den objektive sannsynlighetsgraden som er avgjørende, men den sannsynlighetsgrad som gjerningspersonen regnet med, jf. Rt. 1966 s. 698». Det fremholdes videre at dette prinsippet må sies å være riktig på grunnlag av prinsippet i strl. § 42 som går utpå at man bedømmes etter sin egen oppfatning av de faktiske forhold. «Men i praksis er prinsippet umulig å følge.»⁸⁶ Dette er fordi at gjerningspersonen sin oppfatning må slutte seg utfra de faktiske, ytre omstendighetene i saken, og derfor vil «enhver aktsomhetsvurdering ha en objektiv kjerne.»⁸⁷ I Rt 1991 s. 600 («Sko-heroindommen») stadfestet Høyesterett en interessant uttalelse angående hvordan aktsomhetsvurderingen skal forstås: «hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse, og må derfor ofte bygge på slutninger fra omstendighetene ved handlingen.» Ut ifra sitatet kan det trekkes ut et interessant eksempel fra patentretten. Dersom vi forutsetter at patentkrenkeren med vilje unngår å skaffe seg kunnskap om forhold som er av betydning for straffbarheten. Så vil det i et slikt tilfelle kunne tenke seg at gjerningspersonen for eksempel unnlater å gjøre seg kjent med patentskriftene som er offentlig informasjon, dette gjør han fordi han mistenker at informasjonen inneholder opplysninger angående patentvernets omfang. I slike tilfeller foreligger det forsett hvis det kan bevises at patentskriftene inneholder opplysninger angående patenthavers omfang, som anses å være over 50 %. Denne problemstillingen er også aktuell i spørsmålet om illeggelse av foretaksstraff. Det kan tenkes at domstolene har problemer å bevise at det er hevet over enhver rimelig tvil at arbeidstakeren har bevist unnlatt å skaffe seg informasjon angående patentskriftene. I slike tilfeller har det under pkt. 2.1 lagt til grunn at foretak kan straffes for *anonyme feil* som har blitt begått «på vegne av foretaket», jf. strl. § 48 a. Dersom retten kommer til at det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt vil det være aktuelt å vurdere forsett i form av *dolus eventualis*. (se pkt. 4.2.4)

⁸³ Jf. Rt 1991 s. 600 (sko-heroindommen).

⁸⁴ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 395.

⁸⁵ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 234.

⁸⁶ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 294.

⁸⁷ Jf. Rt. 1988 s. 1356. Direkte sitat angående aktsomhetsvurderingen.

Spørsmålet og vurderingstema som har blitt fastslått ovenfor er om gjerningspersonen holdt «*patentinnngrepet*» som overveiende sannsynlig slik at handlingen ville medføre til en krenkelse av patentvernets omfang.

Et godt eksempel kan være en arbeidstaker i en bedrift som importerer et produkt som er allerede patentert i Norge, forutsetningen for importen var at arbeidstakeren på vegne av foretaket hadde inngått avtale med patenthaver. Dersom det forutsettes at arbeidstakeren uten tillatelse fra patenthaver vet at det faktisk foreligger et patent på produktet og velger likevel å importere og dermed selger produktet i «*nærings- eller driftsøyemed*», jf. patl. § 1. Så vil det foreligge et forsett ettersom gjerningspersonen velger å handle i strid med sine faktiske forestillinger på gjerningsøyeblikket. Eksemplet viser at forsettskravet er oppfylt når arbeidstakeren sin importering av produktet ble holdt «*overveiende sannsynlig*» for at det ville medføre et patentinngrep.

Et godt eksempel for å sette problemstillingen på spissen er vurderingen om ekvivalente utførelsesformer. Et særlig problem som reiser seg ved subjektiv skyld ved ekvivalens er at tolkningen av patentkravene skjer helt konkret, og kun i forhold til en bestemt (mulig) inngreps-gjenstand. Det innebærer at ekvivalens ikke er mulig å fastslå på forhånd. Det betyr at ekvivalensvurderingen ikke kan foretas før den mulige inngrepsgjenstanden foreligger. Sett fra et strafferettslig syn skaper denne vurderingen store problemer med hensynet til gjerningspersonen sin forutberegnelighet. Problemet her er at straffebudet krever at gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket må ha regnet patentinngrepet som sannsynlig. Og ettersom ekvivalens er en vurdering som oppstår under selve spørsmålet angående patentvernets omfang så kan ikke gjerningspersonen holde patentinngrepet som overveiende sannsynlig. Resultatet er i samsvar med det grunnleggende krav om subjektiv bebreidelse i norsk strafferett.⁸⁸ Poenget er at patentkrenkeren må ha utvist subjektiv skyld i gjerningsøyeblikket.

Konklusjonen blir dermed at patentkrenkeren ikke kan bli dømt for forsettlig patentinngrep på grunnlag av sannsynlighetsforsett ved ekvivalens.

Det leder videre til oppgavens neste problemstilling.

4.4.1 Sløret forsett

⁸⁸ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. 208 flg. Prinsippet kommer også til uttrykk i strl. § 42.

Det sentrale ovenfor er at man knytter sannsynligheten til følgene som må være inntrådt, i vårt tilfelle blir det et spørsmål om at gjerningsmannen i gjerningsøyeblikket må ha regnet patentinnngrepet som sannsynlig.⁸⁹ Den teoretiske fremstillingen av kravet til forsett kan gi inntrykk av at gjerningspersonen (patentkrenkeren) sitt handlingsmønster alltid må beregnes utfra hans egen bevissthet og at man kan oppstille sannsynlighetsprosenter i spørsmålet om han holdt det overveiende sannsynlig.⁹⁰ Derfor er det viktig å presisere at forsettskravet ikke krever en så klar bevissthet. «*Forsettsbegrepet omfatter også det halvklare, slørede forsett*».⁹¹ Sløret forsett reiser interessante problemstillinger på patentrettens område ettersom gjerningsperson sin bevissthet eller faktiske forestillinger angående patentet til patenthaver kan være usikkert.

Et særlig spørsmål er i hvilken grad et sløret forsett ville stilt seg i en patentrettslig straffesak.

Innholdet i *sløret forsett* kommer godt til uttrykk i forarbeidene til den nye Straffeloven, som er ment å gjenspeile rettstilstanden:⁹² «*Lovbryteren handler ofte raskt, uten å ha noen klar bevissthet om alle elementene i gjerningsbeskrivelsen. Det er ikke nødvendigvis til hinder for at kravet om forsett er oppfylt. Forsett omfatter også det halvklare, slørede forsett,.....*» Det følger av forarbeidene at forsettskravet skal utvides til å omfatte halvklare og slørede forestillinger. Bevisstheten til gjerningspersonen kan være uklar i forhold til noen av elementene i gjerningsbeskrivelsen, og i vårt tilfelle hva som innebærer et «*patentinnngrep*». Det kan derfor legges til grunn at det *slørede forsett* endrer vurderingen av gjerningspersonen sin bevissthet ved patentinnngrepet.

Problemstillingen blir dermed hva gjerningspersonen har innsett ved overtredelsen av den objektive gjerningsbeskrivelsen, «*patentinnngrep*», jf. patl. § 57.

Et teoretisk eksempel på hvordan dette kan komme på spissen er gjennom import av patenterte varer. Det forutsettes her at varen som blir importert er parallell patentert i hele Europa. Det kan tenkes at en arbeidstaker i en bedrift har ansvaret for å importere varer for deretter selge varene videre på det Norske markedet. Varene blir videresolgt og det foreligger dermed en krenkelse av patenthaver sin enerett. I vårt eksempel vet ikke gjerningspersonen om at det foreligger et patent men han har en halvklar oppfatning om at det foreligger en utnyttelsesrett på produktet fordi han for eksempel har lest en artikkel om at produktet er patentert. I slike

⁸⁹ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 395.

⁹⁰ Johs Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. 240.

⁹¹ I.c.

⁹² Jf. Ot.Prp. nr. 90 (2003-2004), med videre henvisning til spesialmotivene til § 23, side 426. Høyesterett siterer rettstilstanden i Rt. 2011 s. 1104 (avsnitt 18).

tilfeller åpner det slørede forsettet for å straffe gjerningspersoner som har en halvklar forestilling om at den handlingen man foretar seg er i strid med straffebudet.

4.4.2 Visshetsforsett

Sannsynlighetsforsett konsumerer visshetsforsettet, forskjellen er kun at dette er en sterkere grad av skyldgraden. Men visshetsforsett foreligger når gjerningspersonen har sikker kunnskap om at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen er til stede eller vil bli oppfylt.⁹³ Dersom patentkrenkeren har sikker kunnskap om at det er et produktpatent som er patentert, og likevel velger å bruke teknologien som er beskyttet til å ferdigstille sitt produkt så foreligger det et patentinngrep. Poenget med visshetsforsett er at følgen av handlingen er holdt som sikker.

4.5 Forsett av typen *dolus eventualis*

Dolus eventualis er en positiv innvilgelsesteori.⁹⁴ Innholdet i denne vurderingen forsettsformen er at patentkrenkeren bevisst har ønsket patentinngrepet foretatt selv om den uheldige følge skulle inntre. Andenæs skriver at «*selv om galt* (for eksempel patentinngrepet) *skulle skje, får det ikke hjelp.*» Det betyr at gjerningspersonen har godtatt følgen i sin bevissthet. Denne forsettsformen har begrenset praktisk betydning, fordi vurderingen retter seg mot at påtalemyndighetene må føre bevis for gjerningspersonen har tenkt slik.⁹⁵ Et teoretisk eksempel kan være følgende. En arbeidstaker i en bedrift blir kontaktet av en leverandør som tilbyr salg av et produkt som kan brukes for å registrere bevegelse på havbunnen. Arbeidstakeren tenker at dette kan være et patentert produkt, men tenker samtidig at om det skulle være det så skal dette ikke hindre verken han eller bedriften han jobber for fra å gjøre god forretning. I tilfellet ovenfor har arbeidstakeren en positiv innvilgelse om at han begår et patentinngrep ved å handle og dermed anvende teknologien i bedriften han er ansatt. I eksemplet ovenfor har påtalemyndighetene⁹⁶ to muligheter for å straffeforfølge patentinngrepet: 1) foretaksstraff 2) individuell straffeforfølgning.

Vurderingstemaet er at gjerningspersonen må for det første ha innsett en mulighet for oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen (patentinngrep). Denne delen kan sammenlignes med sannsynlighetsforsettet ved at det dreier seg om erkjent risiko, men ved *dolus eventualis* er det en la-

⁹³ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 293.

⁹⁴ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. 236.

⁹⁵ I.c.

⁹⁶ Forutsetningen for påtale er at patentinngrepet blir anmeldt, eller at vilkåret for offentlig påtale «*allmenne hensyn*» er til stede, jf. Patl.57. 3 ledd.

vere grad av sannsynlighet. For det andre må patentkrenkeren ha positivt innvilget handlingen, selv dersom den ville medføre overtredelse. Denne delen av dolus knytter seg til patentkrenkeren sin holdning til beskyttelsesobjektet (patentinngrepet). Denne delen kan sammenlignes med hensiktsforsettet, men i en mildere form. Dette er fordi at patentkrenkeren ikke har villet gjennomføre overtredelsen, hadde situasjonen vært slik så hadde det ikke vært grunnlag for å anvende denne forsettsformen. Spesielt ved dolus eventualis er at gjerningspersonen har likevel positivt funnet verdien av beskyttelsesgjenstanden som lavere enn verdien av gjennomføring av handlingen, ved at man uansett ville gjennomført handlingen. Kravet til positiv innvilgelse ved dolus eventualis har vært gjenstand for kritikk, gjerne fordi vurderingstemaet kan føre til en noe oppkonstruert eller utilgjengelig bevisvurdering.⁹⁷

Som nevnt er dolus eventualis av meget lite praktisk betydning på de fleste forbrytelseskategorier. Denne forsettsformen er lite hensiktsmessig på patentrettens område ettersom hovedformålet bak straffebestemmelsen er å hindre grove og systematiske rettighetskrenkelser. Ved sistnevnte foreligger det en vilje og ofte en hensikt bak inngrepet og dermed vil dolus eventualis være lite anvendelig på patentrettens område.

4.6 Forholdet mellom rettslig villfarelse og faktisk villfarelse på patentretten

Det er ikke sjelden at tiltalte i en straffesak og heller ikke i en fremtidig straffesak for forsettlig patentinngrep, at gjerningspersonen unnskylder seg med at han har vært i god tro fordi gjerningspersonen ikke kjente til straffebudet.⁹⁸ Rettsvillfarelse er at man i gjerningsøyeblikket ikke kjenner til at en handling er straffbar,⁹⁹ typisk i vårt tilfelle at han er uvitende angående innholdet i patl. §57, og handler i den tro at den utførte handling lovlig.

Stenvik skriver at «*Forsettskravet omfatter ikke den rettslige bedømmelsen av handlingen.*»¹⁰⁰ Det betyr at gjerningspersonen kan straffes selv om han ikke holdt det som sannsynlig at handlingen ville bli regnet som patentinngrep. Dette kan illustreres med et eksempel. Stenvik bruker eksemplet om gjerningspersonen tok feil av hvilke handlinger som ordet «utby» i patl. § 3 omfatter. Stenvik konkluderer med at slike feiltakelser må bedømmes etter strafferettens alminnelige prinsipper om rettsvillfarelse, jf. strl. § 57.

⁹⁷ Stigen, forsettets nedre grense – dolus eventualis eller hva? I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2010. s. 587.

⁹⁸ Ibid. s. 256.

⁹⁹ For definisjon, se <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2047/2050>

¹⁰⁰ Stenvik Patentrett 3.utgave s. 395.

Et spørsmål som har blitt vurdert spesielt i patentretten er om det skal regnes som rettsvillfarelse eller faktisk villfarelse når gjerningspersonen har tolket patentet galt (spørsmålet om patentvernets omfang). Det fremgår av forarbeidene¹⁰¹ at en slik villfarelse skal bedømmes som faktisk villfarelse, jf. strl. § 42. Likevel har det blitt diskutert i teorien av blant annet Stenvik om denne rettsstilstanden ivaretar straffebudets effektivitet. Det fremheves i diskusjonen for eksempel at når gjerningspersonen begår et patentinngrep er det som regel fordi gjerningsmannen var ukjent med patentets eksistens, eller fordi at han har tolket patentet galt. I de nevnte tilfeller ovenfor må man regne med at forsettskravet meget sjelden vil være oppfylt i begge de nevnte omstendigheter samtidig.¹⁰² På den andre siden fremholdes det at straff er en lite egnet sanksjonsform ved de aller fleste patentkrenkelser, og derfor ikke til skade for at straffebudet bare kan anvendes ved de groveste patentkrenkelsene, hvor inngrepet er begått til tross for at gjerningsmannen regnet med at det forelå et patent, og at handlingen falt innenfor patentets verneområde.¹⁰³ Stenvik argumenterer videre for at det *«under enhver omstendighet kan det bare være feiltakelser som knytter seg til selve tolkningen av patentet, som kan regnes for faktisk villfarelse, ikke feil ved forståelsen av generelle normer for fastsettelsen av verneområdet. Regnet gjerningsmannen med at han ikke krenket patentet fordi han trodde at patentkravene skulle tolkes streng etter ordlyden, så bør han ikke frifinnes av den grunn. Ut ifra diskusjonen ovenfor kan det legges til grunn at hovedregelen er at dersom gjerningspersonen har tolket patentvernets omfang galt så følger det av forarbeidene at situasjonen skal bedømmes som faktisk villfarelse. Betydningen av det er at vurderingen må foretas utefra strafferettens grunnleggende prinsipper om at enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet, se. strl. § 42. Deretter konkluderte Stenvik med at gjerningspersonen ikke kan frifinnes fordi gjerningspersonen tar feil av forståelsen av «generelle normer» for fastsettelsen av patentvernets omfang. Det medfører at i spørsmålet om ekvivalens omfattes av patentvernets omfang så kan ikke gjerningspersonen bli hørt med at han ikke kjente til prinsippet om patenthaver kan få likeverdig beskyttelse for oppfinnelser som ligger nært opp til oppfinnelsen.*

Derfor kan det legges til grunn at en relevant rettsvillfarelse foreligger bare dersom gjerningspersonen regnet med at handlingen ikke var ulovlig. Dersom han derimot regnet med at handlingen var ulovlig men regnet med at ikke var straffbar så foreligger det ikke en relevant rettsvillfarelse

¹⁰¹ Jf. NU 1963: 6 s. 332.

¹⁰² Stenvik 3. utgave s. 395. Med videre henvisning til de nordiske komiteene som synes å ha vurdert denne problemstillingen, jf. NU 1963: 6 s. 333.

¹⁰³ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 395.

Når det gjelder unnskyldelig rettsvillfarelse så er det som ellers generelt strengt i praksis. En patentkrenker vil neppe bli hørt med at han ikke kjente til patentlovens bestemmelser, eller forsto dem galt, vil ikke anses som en unnskyldelig rettsvillfarelse.

4.7 Forsett eller grov uaktsomhet – hvilken skyldform er hensiktsmessig

Ved endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern i Prop. 81 L (2012-2013) ble det i høringsnotat foreslått om man skal utvide skyldformen i patl. § 57 til grov uaktsomhet i tillegg til forsett. Grunnlaget for en slik høring var om straffebestemmelsen skulle bli mer effektiv, så bør det også ramme grov uaktsomhet.

Spørsmålet blir dermed om skyldkravet i patl. 57 burde vært utvidet til å omfatte grov uaktsomhet.

Realiteten av å senke skyldkravet er at domstolene får en større mulighet til å straffe gjerningspersoner som begår patentinngrep. Problemstillingen som dermed oppstår er dagens rettstilstand kan virke lite effektiv mot for eksempel virksomheter som er organisert, og hvor flere aktører har samarbeidet om å begå et patentinngrep. Konsekvensen av det blir at det kan være vanskeligere for domstolene å anvende straffebestemmelsen. Og dermed vanskelig å føre bevis for forsett og at alle gjerningspersonene er involverte.

Som nevnt ovenfor så taler domstolenes kontrollhensyn for at man skal utvide skyldkravet. På den andre siden kan det nevnes at straff bør begrenses til det nødvendige, og derfor bør fengsel og bøter kun å være et sanksjonsmiddel ved de groveste patentinngrepene. Det kan fremholdes at straffverdigheten i alle fall er markant høyere for forsettlige patentinngrep enn for grove uaktsomme patentinngrep.¹⁰⁴

Avgjørende for departementets vurdering var først og fremst at straffebestemmelsen skal ramme grove inngrep som ledd i virksomhet der et vesentlig trekk er omfattende og systematiske patentinngrep. Og ettersom formålet er å straffe gjerningspersoner som har begått grove inngrep så kjennetegner det forsett som skyldform. Det risikable ved en innføring av en ny skyldform ville være at for eksempel ved at noen kommer til skade for å gjøre inngrep i et patent, og dermed kunne dette skade hensynet til effektiv konkurranse ettersom næringsaktører kan virke mer tilbakeholdne for å sette nye produkter på markedet, fordi aktørene er redde

¹⁰⁴ Prop. 81 L (2012-2013) Se høringsuttalelse i pkt. 7.5.

for å pådra seg straffeansvar ved patentinngrep. Hensynet til å oppmuntre oppfinnere til innovasjon er her bærende.

Derfor taler gode grunner for å bevare dagens rettsstilstand med forsett som skyldkrav. Avgjørende i slike tilfeller må være hvilke hovedformål patl. § 57 skal beskytte. Innledningsvis ble det påpekt at grunnlaget for bestemmelsen var å straffe gjerningspersoner som begår systematiske og omfattende patentinngrep. I slike tilfeller vil det være tilstrekkelig med forsett etter som at systematiske og omfattende patentinngrep kjennetegner en hensiktsforsett og dermed vil også kravene til forsett være oppfylt.

5 Straffbare atferden – hvordan overtre straffebudet i patl. § 57

5.1 Innledning

*«Tanken – herunder tanken på å begå en straffbar handling – er som nevnt alltid straffri».*¹⁰⁵

Likevel kan domstolene straffe flere typer adferd for overtredelse av patl § 57. I denne delen av oppgaven skal vi se nærmere på hvordan gjerningspersonen kan overtre patl. § 57. Videre skal det ses nærmere på forholdet mellom fullbyrdelse, medvirkning og forsøk.

Medvirkning og forsøk anses som en utvidelse av straffeansvaret. Straffeansvaret er ikke begrenset til gjerningsmannen som oppfyller gjerningsbeskrivelsen men også den som har medvirket og forsøkt å begå et patentinngrep i patl. § 57. Utvidelsen av straffebudet er et utslag av straffverdighet.

5.2 Fullbyrdelse

Det foreligger en fullbyrdet forbrytelse når gjerningspersonen har begått en handling som dekker alle elementene i gjerningsbeskrivelsen, i vårt tilfelle er dette oppfylt når gjerningspersonen må ha begått et «forsettlig» «patentinngrep».¹⁰⁶ Om en handling anses som fullbyrdet beror på en tolkning av patl. § 57 som setter rammene for hvilke vilkår som må være oppfylt.

Det vanligste er at det foreligger et krav om årsakssammenheng mellom gjerningspersonen sin adferd og den følge (patentinngrepet) som må foreligge for at gjerningsbeskrivelsen skal være oppfylt. I juridisk teori anvender man betingelsesteorien som går utpå at: En handling X

¹⁰⁵ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 201.

¹⁰⁶ Se kap. 3 for nærmere innhold i lovkravet, se kap. 4 for behandling av skyldkravet.

er årsak til virkning Y hvis, og bare hvis, Y ikke hadde inntrådt dersom X ikke hadde blitt utført.¹⁰⁷ Sagt på en annen måte så er kravet til årsakssammenheng oppfylt dersom gjerningspersonen er årsaken til at det har blitt begått et patentinngrep, og dersom vi fjerner gjerningspersonen sin handling så ville ikke patentinngrepet vært en realitet.

5.3 Medvirkningshandlingen

Det følger av patl. § 57.1 ledd: «*Den som forsettlig begår eller medvirker til å begå patentinngrep*», kan straffes med fengsel eller bøter. Medvirkning innebærer, etter en naturlig språklig forståelse, en deltakelse eller en ytet bistand til gjennomføringen av patentinngrepet. Det innebærer også et samvirke mellom flere personer, i denne forbindelse ved gjennomføringen av et straffbart patentinngrep. At medvirkning er straffbart fremgår direkte av ordlyden i patl. § 57. Når medvirkning er nevnt i straffebudet er det to kategorier av gjerningspersoner, hovedmannen og medvirkeren. Her som ellers må alle straffbarhetsbetingelsene være oppfylt.¹⁰⁸ Andenæs skriver at: «*de prinsipper som gjelder om medvirkningens straffbarhet i straffeloven selv, gjelder også i spesiallovgivningen.*»¹⁰⁹ Innholdet i medvirkningstillegget i patl. § 57 må derfor ta utgangspunkt i strafferettens alminnelige medvirkningslære.

For at medvirkning er straffbart så må medvirkeren delta i hovedmannens rettstridige handling (patentinngrepet) og et generelt vilkår i den forbindelse er at medvirkning skal bedømmes selvstendig og adskilt fra hovedhandlingens straffbarhet.¹¹⁰ Likevel henger skyldkravet sammen med hovedmannens skyldkrav fordi medvirkning tilsier at en medvirker må ha foretatt seg noe aktivt forhold til hovedmannen. Et eksempel på dette kan være at to arbeidstakere som jobber sammen, hvor den ene påvirker den andre til å anvende den allerede patenterte produktet i bedriften de jobber for.

Ettersom medvirkerens straffeansvar beror på en tolkning av det enkelte straffebud så åpner dette for en nærmere vurdering i hva slags type medvirkning som rammes av patl. § 57. Medvirkning kan enten oppstå i form som fysisk, psykisk eller passiv medvirkning,¹¹¹ men for patentrettens område er det særlig den fysiske og psykisk medvirkning som har aktualitet.

Innholdet i medvirkningslæren er om medvirkeren sin deltakelse innebærer en straffbar adferd som det vil være naturlig å straffe på lik linje som hovedmannen. Det oppstilles et teoretisk

¹⁰⁷ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 203.

¹⁰⁸ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 213.

¹⁰⁹ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 335.

¹¹⁰ Ibid. s. 338.

¹¹¹ Ibid. s. 325 flg.

skille mellom den fysiske medvirkningsrollen, og den psykiske.¹¹² Vurderingstemaet i fysisk medvirkning er om man har gjort gjerningsmannen fysisk i stand til å utføre handlingen, som i vårt tilfelle er patentinngrepet. Vurderingstemaet for psykisk medvirkning er om medhjelperen har fremkalt gjerningsmannens forsett, eller styrket han i det. Det blir altså et spørsmål om medvirkeren har tilskyndet gjerningsmannen i hans forbryterske forsett, og på denne måten inngått i hans positive motivasjon.¹¹³ Medvirkeren har for eksempel overtalt hovedmannen til å begå et patentinngrep. Gjennom overbevisningen fra medvirkeren så kan det sies at hovedmannens forbryterske forsett har blitt styrket.

Det kan også opereres med en tredje kategorisk gruppe, såkalt unnlatesmedvirkning.¹¹⁴ Denne situasjonen fanger opp de tilfeller der det foreligger en handleplikt, men hvor medvirkeren allikevel unnlater å gripe inn. Såkalt passivitetsmedvirkning. Vurderingstemaet er når det må sies å foreligge en handleplikt, og videre om medvirkeren kan sies å ha gjort nok for å forhindre den fremtidige straffbare handling. Medvirkning i form av passivitet blir ikke nærmere drøftet ettersom det ikke er praktisk på patentrettens område.

Veien videre blir først å gjøre rede for hva et kriminelt samvirke er. Deretter blir fysisk og psykisk medvirkning vurdert opp mot hva som innebærer et patentinngrep. Målet er å vise hvordan medvirkningslæren kan komme til anvendelse på patentrettens område. Eksempelene kommer til å ta utgangspunkt i foretaksstraff.

5.3.1 Samvirke av forsettlig patentinngrep

*«Det hender ikke sjelden at en forbrytelse er et resultat av et samvirke mellom flere».*¹¹⁵ Det kan for eksempel tenkes at to personer i en bedrift er sammen om selve utførelsen av patentinngrepet, begge personene anses i det eksemplet som hovedmenn.

Denne problemstillingen kan tenkes å være særlig aktuell i spørsmålet om hvordan en eller flere kan begå et patentinngrep, og dermed en overtredelse av patl. § 57. Det kom til uttrykk i forarbeidene til den nye lovrevisjonen at mye tyder på at omfattende og systematiske patentinngrep skjer som ledd i organisert virksomhet hvor flere personer er involvert.¹¹⁶

¹¹² Eskeland Strafferett 3. utgave s. 215 flg.

¹¹³ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 327.

¹¹⁴ Ibid. s. 329.

¹¹⁵ Ibid. s. 323.

¹¹⁶ Prop. 81 L (2012-2013) Se høringsuttalelse i pkt. 7.5.

Et samvirke kan også finne sted etter at patentinngrepet har funnet sted.¹¹⁷ Da kan for eksempel tenkes samme situasjon som ovenfor. Men forskjellen i dette eksemplet er at den ene arbeidstakeren begår først patentinngrepet alene, men etterhvert så kommer den andre arbeidstakeren inn i bilde og bistår med distribuering av den patenterte varen. Eksemplet har tilgrensende likhet med psykisk medvirkning (se pkt. 5.3.3). Eneste forskjellen er her at arbeidstakeren har sagt på forhånd at han vil hjelpe til og distribuere produktet før den første arbeidstakeren begår et patentinngrep.

Grensene for hvor langt man kan strekke samvirke blir ikke nærmere drøftet her.

5.3.2 Fysisk medvirkning

Fysisk medvirkning omfatter handlinger som bidrar til patentinngrepet.¹¹⁸ Medvirkeren gir for eksempel hovedmannen utstyr eller fysisk bidrar til at patentinngrepet blir gjennomført.

Et godt eksempel på dette kan være om man tar utgangspunkt i to arbeidstakere som jobber sammen i en bedrift. Situasjonen er slik at person X (medvirkeren) gir person Y (hovedmannen) tilgang på et patentert produkt som gjør at hovedmannen er i stand til å begå et patentinngrep. Ovenfor ser man at situasjonen kan lede tankene mot at det har foreligget et samarbeid mellom hovedmannen og medvirkeren. Eskeland sier følgende: *«forutsetningen for at medvirkningshandlingen skal ramme personer som – uten selv å ha utført den aktuelle handlingen – har utvist den minimum av straffverdighet som en handling i samsvar med gjerningsbeskrivelsen forutsetter»*. Vurderingstema som kan legges til grunn er følgende. Medvirkeren sin fysiske handling er i vårt eksempel at han gir hovedmannen (Y) tilgang på et patentert produkt. Det straffverdige i denne handlingen han foretar seg noe aktivt for at hovedmannen kan begå et patentinngrep. Spørsmålet som domstolene må ta stilling til i vårt eksempel er om person (X) sin handling var så straffverdig, og at han gjennom sin handling har gjort gjerningspersonen (Y) i stand til å begå et patentinngrep. I eksemplet vårt er det like straffverdig å dømme medvirkeren for medvirkning til forsettlig patentinngrep ettersom hovedmannen (Y) aldri ville vært i stand til å begå et patentinngrep uten bidraget fra person (X).

Dersom gjerningspersonen bistår hovedmannen etter patentinngrepet er fullbyrdet, kan ikke medvirkeren straffes for medvirkning.¹¹⁹ Dette er fordi at medvirkeren ikke har deltatt under forberedelsen eller ved gjennomføringen. Hensynet til straffverdighet taler for en slik løsning.

¹¹⁷ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 323.

¹¹⁸ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 214 flg.

¹¹⁹ Ibid. s. 223.

Fysisk medvirkning kan også være praktisk for domstolene å anvende når man ikke klarer å bevise hvem som er hovedmann og medvirker. Forutsetningen er at domstolene klarer å føre tilstrekkelig bevis for at to personer er grunnen til det ble begått et patentinngrep. Sistnevnte reiser tilgrensende spørsmål om kriminelt samvirke som går utpå at man ser handlingen til gjerningspersonen sammen.

5.3.3 Psykisk medvirkning

Psykisk medvirkning retter seg mot de tilfellene hvor medvirkeren overtaler eller påvirker hovedmannen til å begå et patentinngrep. I samme eksempel som ovenfor så kan det heller tenkes at person x (medvirkeren) overtaler person y (hovedmann) til å begå et patentinngrep. Sammenlignet med eksemplet ovenfor så har ikke medvirkeren begått en aktiv handling, men han har påvirket hovedmannen til å gjennomføre patentinngrepet. Vurderingstemaet for psykisk medvirkning er om medhjelperen (X) har fremkalt gjerningsmannens forsett, eller styrket han i det. Det blir altså et spørsmål om medvirkeren har tilskyndet gjerningsmannen i hans forbryterske forsett, og på denne måten inngått i hans positive motivasjon.¹²⁰ For å sette eksemplet på spissen så kan hovedmannen (Y) sin påvirkning fra medvirkeren (X) være motivasjonen til og likevel å gjennomføre patentinngrepet ettersom hovedmannen (Y) veiet for og i mot om han ville gjennomføre patentinngrepet, men etter overtalelse fra medvirker (X) så bestemmer han seg likevel å gjennomføre patentinngrepet. Sistnevnte reiser problemstillinger under forholdet mellom forsøkets nedre og øvre grense (se nærmere pkt. 5.4).

Et spesielt tilfelle som gjelder for både fysisk og psykisk medvirkning er at straffbarheten ikke betinges av at patentinngrepet var vellykket, det kommer til uttrykk i Rt. 1989 s. 1004. (se pkt. 5.4.5 for nærmere problematisering)

5.4 Forsøk på forsettlig patentinngrep

Det følger ikke direkte av ordlyden i patl. § 57 første ledd at forsøk er straffbart. Men alle straffebud som gjelder *forsettlige forbrytelser* omfatter flere tilfeller enn dem som dekkes av gjerningsinnholdet. Det følger av strl. § 49 at også forsøk på forsettlige forbrytelser er straffbart. Patl. § 57 som gjelder forsettlig forbrytelser må altså leses med tilføyelsen «*eller gjør forsøk på dette*».¹²¹ Regelen om forsøk rammer således de situasjoner der man ikke etter legalitetsprinsippet kan benytte de spesielle straffebestemmelsene. Med spesielle menes det her «*patentinngrep*» som beskriver gjerningsinnholdet, og som etter Grl. § 96, alle må være over-

¹²⁰ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s 327.

¹²¹ Ibid. s. 229.

trådt av gjerningsmannen for å kunne ilegge straff. Etter strl. § 49 kan man derfor straffe forsøk generelt, uten at forsøk er nevnt i det spesielle straffebud. Hovedregelen i norsk strafferett er derfor at forsøk straffes, men straffen skal være mildere enn den fullbyrdede forbrytelse, jf. strl. §§ 49 og 51. Den generelle straffebestemmelsen mot forsøk er et uttrykk for at interessen har vendt seg mer mot gjerningsmannens subjektive forhold, enn den egentlige handlingen, såkalt straffverdighet.

Reglene om forsøk utvider straffeansvaret til også å omfatte tilfeller hvor hele det gjerningsinnholdet i et straffebud ikke er overtrådt. Reglene om straffbart forsøk var ikke straffbart før lovrevisjonen i 2012-2013. Det fremgår av forarbeidene¹²² at: «*Utvidelsen av strafferammen innebærer at forsøk på patentinngrep blir straffbart, jf. Straffeloven § 49 jf. § 2 første ledd*». Straffelovens alminnelige bestemmelser blir aktualisert og kommer til anvendelse ettersom strafferammen for forsettlig patentinngrep er «*inntil et år*», jf. patl. § 57 første ledd.

En markant utvidelse av strafferammen ved patentinngrep, er både et utslag av et strengere syn på straffverdigheten, og for å ta høyde for at det foreligger klare indikasjoner på at omfanget av omfattende og systematiske rettighetsinngrep har økt de siste årene. Videre kan utvidelsen av strafferammen gi et signal om at politiet og påtalemyndighetene om at patentinngrep bør prioriteres høyere en tidligere. Aktualiseringen av forsøksbestemmelsen reiser særlig spørsmål om hvor skal grensen mellom alminnelig eksperimentering og forsøk på patentinngrep gå. Sistnevnte blir gjennomgått under drøftelsen av forsøkets nedre grense (se pkt. 5.4.2).

Det straffbare forsøket deles etter juridisk teori¹²³ inn etter et handlingsmønster på 3 deler:

1. straffri forberedelse,
2. straffbart forsøk og
3. fullbyrdet handling.

Forsøk må avgrenses til forsøkets øvre grense og nedre grense. Grensen nedad beror på forsøkestidspunktet og herunder en tolkning av strl. § 49, denne vurderingen retter seg mot forholdet mellom dens straffrie forberedelse og forsøkets nedre grense. Grensen oppad retter seg mot forholdet mellom forsøk og fullbyrdet forbrytelse.

Ettersom det ikke finnes noen tidligere eller pågående saker for verken fullbyrdet forbrytelse eller forsøk på overtredelse av patl. § 57, så vil alminnelig forsøkslære fra strafferetten være av stor interesse for innholdet i forsøksstraff etter patl. § 57.

¹²² Prop. 81 L (2012-2013) under bemerkninger til patl. § 57.

¹²³ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 230 flg.

Hovedproblemstillingen blir derfor hva som skal til for at en gjerningsperson skal kunne dømmes for forsøksstraff, i relasjon til «patentinnngrep».

Utgangspunktet fremgår av strl. § 49: «*Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.*»

Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at bestemmelsen oppstiller to vilkår for forsøksstraff: For det første er det et krav om at gjerningspersonen utviste en subjektiv skyld som omfattet fullbyrdelsen av straffebudet («*tilsigtedes paabegyndt*»); såkalt fullbyrdesforsett. Det følger av en naturlig språklig forståelse av «*tilsigtedes*» at gjerningspersonen må hatt en bestemt hensikt til å utføre patentinngrepet. Dette leder tanken mot at gjerningspersonen må ha utført et såkalt hensiktsforsett (se pkt.4.4) men det er imidlertid sikker rett at det tilstrekkelig at gjerningspersonen har utvist forsett, uansett hvilken type.¹²⁴ For det andre at gjerningspersonen har foretatt seg noe som har en tilstrekkelig nærhet til fullbyrdelsen («*foretaget Handling, hvorved ...*».) Dette kan kalles for nærhetskravet.¹²⁵

Høyesterett oppsummerer de generelle vilkårene for forsøksstraff i Rt. 2011 s. 1455. Saken omhandler det å avtale et møte med et barn under 16 år med forsett om å begå seksuelt overgrep. Saken er likevel relevant ettersom Høyesterett oppsummerer vilkårene for forsøksstraff og derfor betydning for vår problemstilling.

«Det følger av denne bestemmelse at det er to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge straffbart forsøk. For det første må tiltalte ha hatt som forsett å fullbyrde en forbrytelse. Denne må inneholde de kjennemerker som er angitt i vedkommende straffebud. For det andre må tiltalte ha foretatt noe som viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet, se Rt-2008-867 avsnitt 19 med videre henvisninger. Eller som det heter i straffeloven av 2005 § 16 første ledd: Det tiltalte har foretatt, må være ment å lede «direkte til utføringen». Straffeloven av 2005 er ikke satt i kraft ennå, men bestemmelsen tar sikte på å videreføre gjeldende rettstilstand, se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) om lov om straff (straffeloven), side 413 ff.»

Høyesterett legger til grunn at to vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge straffbart forsøk. Patentkrenkeren må utvise (1) *fullbyrdesforsett* i relasjon til patentinngrepet og (2) *nærhetskravet* må være oppfylt. Sistnevnte vilkår retter seg mot forsøkets nedre grense. I pkt. 5.2.2 vil vilkårene bli nærmere behandlet.

¹²⁴ Ibid. s. 229.

¹²⁵ Se Frøberg, Tidsskrift for rettsvitenskap 2012 s. 49-90, Forsøksansvarets yttergrenser.

5.4.1 Særlig om forsøkets øvre grense

Vurderingen retter seg mot grensen mellom forsøkets øvre grense og fullbyrdet forbrytelse (se nærmere pkt.5.2). Betydningen av å trekke denne grensen er at gjerningspersonen har ved patentinngrep muligheten til og tre tilbake, jf. strl. § 50 som regulerer straffri tilbaketreden. (se nærmere pkt. 5.4.4). Et annet moment som utgjør betydningen av å trekke grensen er at forsøk straffes mildere en fullbyrdet forbrytelse, jf. strl. § 51. Se nærmere pkt.5.2 for innholdet i fullbyrdet patentinngrep.

5.4.2 Særlig om forsøkets nedre grense

I denne delen av oppgaven skal det ses nærmere på patentinngrep som ikke er fullbyrdet, men likevel er straffbart etter forsøkets nedre grense, jf. strl. 49 jf. patl. § 57.

Patentinngrep er aktiv handling, derfor blir spørsmålet om forsøkets nedre grense er et *«spørsmål om hvor nær – i tid, rom og mentalt – gjerningspersonen må være kommet den fullbyrdede handling»*.¹²⁶

La oss konstruere et eksempel gjennom foretaksstraff. Arbeidstaker (X) ønsker forsettlig å begå et patentinngrep mot patenthaver (Y) som innehar patent på en et produkt som sorterer fisk. Første dag skaffer han seg informasjon angående patentet gjennom patentskriftene, neste dag skaffer han alle materialene/informasjonen til å utføre oppdagelsen, tredje dag hyrer han inn en fagperson for å eksperimentere og teste oppfinnelsen, fjerde dag gjør han seg klar til å produsere og selge oppfinnelsen. På femte dag distribuerer han produktet på det illegale markedet. På femte dag foreligger det fullbyrdet patentinngrep. Det interessante i dette eksemplet er når kan foretaket straffes for forsøk på patentinngrep. Forsøkets nedre grense som skal vurderes her er ikke straffbart før arbeidstakeren oppfyller kravene til (1) *fullbyrdelesforsett* i relasjon til patentinngrepet og (2) *nærhetskravet* er oppfylt. I dette eksemplet forutsetter vi at A oppfyller vilkåret til fullbyrdelesforsett, handlingene som arbeidstakeren foretar seg ovenfor er et resultat av et ønske om å krenke patenthaver sin enerett.

Spørsmålet som reiser seg er hvor langt gjerningspersonen må ha kommet i handlingsrekken for at det foreligger straffbart forsøk på *«patentinngrep»*, såkalte nærhetskravet.¹²⁷

¹²⁶ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 231.

¹²⁷ Kravet kan formuleres på ulike måter, f.eks. at gjerningspersonens opptreden må «vise at nå er forberedelses og overveielsernes tid forbi, nå skrider han til verket» (Andenæs, Alminnelig strafferett s. 347); at han må

Skjønnsstemaet som må vurderes er om patentkrenkeren (X) sin adferd er i nærhet til fullbyrdselen. Andenæs¹²⁸ beskriver adferden som: «*gjerningsmannen opptreden må vise at nå er forberedelsen og overveielsernes tid forbi, nå skrider han til verket*». Videre har nærhetskra- vet blitt definert av Høyesterett i Rt. 2008 s. 867 som at gjerningspersonen: «*.. Må ha foretatt seg noe at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet*». Poenget med utta- lelsene er at gjerningspersonen må foreta seg handling som er ment å lede direkte til utføring- en.¹²⁹ Kjell Andorsen har ved henvisning til rettspraksis¹³⁰ formulert fem punkter som inngår i den skjønsmessige vurderingen av forsøkets nedre grense:¹³¹

- 1) Intensiteten og omfanget av det arbeid/den innsats gjerningspersonen har gjort.
- 2) Hvor mye som gjenstår, og hvilken innsats det kreves før gjerningsinnholdet i straffebu- det er berørt
- 3) Subjektive forhold hos gjerningspersonen,
- 4) Den «psykologiske barrieren» mellom fullendt forsøk og fullbyrdet gjerningsinnhold av det aktuelle straffebudet og,
- 5) Om gjerningspersonen tidsmessig i nokså umiddelbar sammenheng med de forberedende skritt har ment å skulle påbegynne iverksettelsen av gjerningsinnholdet.¹³²

Utefra gjennomgangen av rettskildefaktorene ovenfor så er rammene for forsøksstraff satt. Ettersom vurderingstemaene er generelle så vil de ha like stor betydning for et spørsmål om forsøk på patentinngrep, og derfor relevant for vår drøftelse. Momentene glir noe i hverandre og derfor er det hensiktsmessig å drøfte de sammen. Teorien må derfor tolkes slik at det ikke er en eksakt grense for hvor grensen går, og derfor må spørsmålet om forsøk på patentinngrep løses av en konkret helhetsvurdering. Momentene som er av betydning i vårt tilfelle er: *nær- het i tid* for å fullbyrde av patentinngrepet, *kvantitativ nærhet* – hvor mye står igjen, *kvalitativt nærhet* og til slutt den *psykologiske forskjellen* på det som er utført og det som står igjen.

«ha foretatt noe som viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet» (Rt-2008-867 avsnitt 19); eller at han «foretar noe som er ment å lede direkte til utføringen» (straffeloven 2005 § 16).

¹²⁸ Andenæs, alminnelig strafferett 5. Utg. s. 347.

¹²⁹ Se strl. § 2005 § 16 ikke trådt i kraft.

¹³⁰ Se Rt. 1991 s. 95 (sjekk-kjennelsen).

¹³¹ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 240 som oppstiller liste.

¹³² Se Andorsen, Kjell, Juristkontakt Nr. 6. 1991 s. 69. Formuleringene noe forkortet og i samsvar med Eskeland sin gjengivelse på s. 240.

Av eksemplet ovenfor ser vi en gradvis utvikling i hendelsesforløpet mot et fullbyrdet patentinngrep. Utgangspunktet er sikkert, spørsmålet om arbeidstaker (X) kan dømmes beror på en helhetsvurdering av de nevnte momentene.

På første dag og andre dag i eksemplet ovenfor er det ikke grunnlag for å anvende forsøksstraff. Dette er fordi at gjerningspersonen (X) sin adferd er i den straffrie forberedelsen av et patentinngrep. Hensynet til straffverdighet taler også for en slik løsning.

Problemene oppstår på tredje dag når gjerningspersonen hyrer inn en fagperson for å teste og eksperimentere på oppfinnelsen. Dette eksemplet har også en side til lovlig eksperimentering som reguleres av patl.§ 3 tredje ledd nr. 3. Dette unntaket er inntatt i loven for å fremme innovasjon av nye og bedre oppfinnelser. I vårt eksempel må svaret må bero på en konkret helhetsvurdering hvor alle momentene ovenfor må tas i betraktning. Ovenfor ser vi at motivene til X er at fagmannen skal finne løsningen på oppfinnelsen slik at han kan starte og distribuere produktet på markedet. Patentinngrepet er således ikke langt unna når man legger til grunn den forbryterske viljen (subjektive forhold) og hvor nært patentinngrepet er. Likevel er det kvantitativ stor forskjell på å hyre inn en fagperson og faktisk begå patentinngrepet, det taler for at forsøkets nedre grense ikke er overtrådt. Videre i dette tilfelle er om gjerningspersonen tidsmessig i nokså umiddelbar sammenheng med de forberedende skritt har ment å skulle påbegynne iverksettelsen av patentinngrepet. Dette momentet taler i mot å straffe på dette stadiet på grunnlag av at det gjenstår fortsatt mye før gjerningspersonen X kan begå et patentinngrep. Eksemplet reiser som sagt tilgrensende problemstillinger angående lovlig eksperimentering av patenter, det i seg selv taler for at den nedre grensen ikke er overtrådt. Dette må også ses i sammenheng med de sterke beviskravene på strafferettens område, enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Oppsummeringsvis taler nærhet i tid taler for å straffe, likeledes gjør kvalitativ og kvantitativ nærhet ettersom det ikke gjenstår mye igjen før X kan begå patentinngrepet. Et sterkt moment som taler i mot er at eksperimentering er lovlig og at den psykologiske barrieren mellom rene forberedelses handlinger er relativt langt vekke fra et straffbart forsøk på patentinngrep.

Konklusjonen vil derfor være at man ikke kan anvende forsøksstraff på tredje dag av eksemplet.

Neste problemstilling er gjerningspersonen A kan straffes for forsøk på patentinngrep på fjerde dag av eksemplet ovenfor.

På fjerde dag gjør han seg klar til å produsere og selge oppfinnelsen. Krenkelsen er her umiddelbar *nærhet i tid* for å fullbyrde av patentinngrepet, *kvantitativ nærhet* – det gjenstår bare

rene forberedelseshandlinger det taler for å straffe. Et moment som kan trekke i den andre retningen er den *psykologiske forskjellen* på det som er utført og det som står igjen.

Avgjørende i dette tilfelle vil være det subjektive forsøksprinsipp¹³³ som går utpå om: avgjørende er om gjerningspersonen onde vilje har manifestet seg i en adferd som etter hans forutsetninger oppfyller nærhetskravet. I dette tilfellet så har gjerningspersonen kommet såpass langt i handlingsrekken at hensynet til straffverdighet taler for å straffe.

Konklusjonen blir derfor at på fjerde dag kan A straffes for forsøk på «*patentinnngrep*», jf. patl. § 57.

Et særlig problem som ble fremholdt i innledningen er grensene mellom lovlig eksperimentering og forsøkets nedre grense.

Eneretten til patenthaver er unntatt i de tilfeller der andre oppfinnere bruker oppfinnelsen til å eksperimentere på oppfinnelsen, det følger direkte av unntaket i patl. § 3 tredje ledd nr. 3. Grensen skaper problemer ettersom patentrettens oppmuntring til innovasjon av nye teknologiske oppfinnelser møter næringslivets kamp som hele tiden vil prøve å finne tekniske løsninger som kommer rundt patenthaver sin enerett, og dermed kan spørsmålet om krenkelse oppstå.

Avgjørende for at et eksperiment skal være unntatt eneretten beror på om eksperimentet angår «*selve oppfinnelsen*», jf. patl. § 3 tredje ledd nr. 3. Det følger av en naturlig språklig forståelse at eksperimentet må omfatte undersøkelser som tar sikte på å klarlegge oppfinnelsens virkemåte, og hensikten må være å finne nye og bedre oppfinnelse.¹³⁴ Det fremgår av Stenvik at: «*utnyttelse av patenterte stoffer, instrumenter osv. i forbindelse med andre eksperimenter dekkes ikke av unntaket*». Utgangspunktet er derfor at det kun er oppfinnelsen som kan forskes på. Dersom hensikten bak eksperimenteringen er å utnytte det allerede patenterte så kommer ikke unntaket til anvendelse. I vår situasjon så blir det avgjørende hvilken hensikt gjerningspersonen har ved å gjennomføre eksperimentet. Er hensikten å krenke patenthaver sin enerett så er situasjonen klar, da kan domstolene konstatere at det foreligger et forsøk på patentinnngrep. Likevel kan det her oppstå problemer angående de strenge beviskravene i strafferetten. Domstolene må bevise at hensikten med eksperimenteringen var å krenke patenthaver sin enerett. Her som ellers i strafferetten vil enhver rimelig tvil komme tiltalte til gode.

¹³³ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 230.

¹³⁴ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 311.

5.4.3 Særlig om utjenlig forsøk på patentinngrep

Utrykket utjenlig forsøk brukes for «*handlinger som ikke under noen omstendighet kunne blitt fullbyrdet.*»¹³⁵ Det kan for eksempel tenkes at en gjerningsperson ønsker å begå et forsettlig patentinngrep i den hensikt av å utnytte oppfinnelsen i sin næringsvirksomhet. Eneste problemet som oppstår her er at produktet som gjerningspersonen tror er patentert, viser seg ikke å være det. I slike tilfeller er det gjerningspersonen sine subjektive forestillinger som er straffverdige og derfor følger det av hovedregelen at også slike utjenlige forsøk er straffbare.¹³⁶

5.4.4 Særlig om tilbaketreden fra forsøk – strl. § 50

Etter strl. § 50 kan et pådratt straffansvar for forsøk falle bort.¹³⁷ Poenget er at gjerningsmannen kan ombestemme seg eller velge og ikke utføre det planlagte patentinngrepet og dermed belønnes gjerningsmannen med straffri tilbaketreden.

Tilbaketreden fra forsøk er en straffeopphørsgrunn. Straffopphørsgrunnene kan deles inn følgende hovedgrupper: etterfølgende adferd, foreldelse og død.¹³⁸ Tilbaketreden fra forsøk faller inn som lovens eneste bestemmelse som medfører straffrihet på grunn av etterfølgende atferd, nemlig strl. § 50.

Bestemmelsen er obligatorisk, hvilket innebærer at det ikke er opp til domstolens vurdering om ansvar bortfaller dersom vilkårene er oppfylt, men domstolen må frifinne, jf. ”*straffbarhed bortfalder*”. Lovgrunnen for dette er først og fremst at den som trer tilbake, dermed ikke har utvist forbrytersk forsett.

Videre skiller bestemmelsen mellom to ulike situasjoner, tilbaketreden fra fullendt forsøk og ufullendt forsøk. Fullendt forsøk foreligger når gjerningspersonen har gjort alt som fra hans side er nødvendig for at handlingen skal være fullbyrdet. Ufullendt forsøk foreligger når gjerningspersonen ikke har gjort alt som trengs for at forbrytelsen skal bli fullbyrdet. Det gjelder for øvrig ulike vilkår for fullendt og ufullendt forsøk,¹³⁹ det vil si at straffebestemmelsen stiller forskjellig krav til hva slags forebyggende handlinger patentkrenkeren må foreta seg.

¹³⁵ I.c.

¹³⁶ Rt. 1993 s. 916 (koffein-dommen) gir uttrykk for denne rettsstilstanden.

¹³⁷ Ibid. s. 239.

¹³⁸ Ibid. s. 371.

¹³⁹ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 372.

Spørsmålet blir dermed hva slags adferd patentkrenkeren må forta seg for å bli straffri for forsøk på patentinngrep, jf. patl. § 57 jf. strl. 50.

Vilkårene for den straffrie tilbaketreden er at gjerningspersonen må avstå fra forsøket «*egen fri Vilje*». Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden at gjerningsmannen på eget innovativ bestemmer seg for og tre tilbake. Det neste kumulative vilkåret som gjør seg gjeldende ved fullendt forsøk er at gjerningspersonen *forebygger den Følge*. Det følger av alminnelig språklig forståelse av ordlyden at gjerningsmannen må aktivt forebygge fullbyrdelsen.

Fullendt forsøk foreligger når gjerningspersonen har gjort alt som fra hans side er nødvendig for at handlingen skal være fullbyrdet. Patentkrenkeren fremstiller for eksempel en kreftmedisin som er ferdig produsert, de eneste som gjenstår er at medisinen må lagres i syv dager før produktet er fullverdig. I en slik situasjon ser man gjerningspersonen har gjort alt fra sin side for at handlingen skal være fullbyrdet, og derfor følger det av ordlyden «*forebygger den Følge*» at gjerningspersonen må aktivt måtte forebygge fullbyrdelsen, og at han må gjøre det før forsøket er oppdaget. I tillegg til at gjerningspersonen avstår av «*egen fri Vilje*».

Ufullendt forsøk foreligger når gjerningspersonen ikke har gjort alt som trengs for at forbrytelsen skal bli fullbyrdet.¹⁴⁰ Av eksemplet ovenfor så vi at gjerningspersonen hadde foretatt seg alt som skulle til for at kreftmedisinen skulle bli ferdigstilt. Dersom det forutsetter at gjerningspersonen ikke hadde tilsatt den siste virkestoffet i medisinen så gjenstår det fortsatt en del av medisinen, og dermed ville det være ansett som et ufullendt forsøk. Forutsetningen for tilbaketreden fra forsøk er at patentkrenkeren avstår fra patentinngrepet av «*egen fri Vilje*».

5.4.5 Medvirkning på forsøk på patentinngrep

Ovenfor ble det konstatert at under både både fysisk og psykisk medvirkning er at straffbarheten ikke betinges av at patentinngrepet var vellykket, det kommer til uttrykk i Rt. 1989 s. 1004. I forlengelse av dette betyr det at hovedmannen kan gå straffri fordi vilkårene i strl. § 50 er oppfylt. Men ettersom medvirkningshandlingen er fullbyrdet enten gjennom fysisk eller psykisk medvirkning så kan domstolene komme til at hovedmannen går fri og medvirkeren blir straffet for medvirkning til forsettlig patentinngrep. Forskjellen er kun om medvirkeren blir straffet for forsøk på medvirkning eller medvirkning til fullbyrdet patentinngrep.¹⁴¹ Sagt på en annen måte så blir strafferammen til medvirkeren et resultat av hovedmannens handling. Dette

¹⁴⁰ Ibid. s. 373.

¹⁴¹ Eskeland Strafferett 3. utgave s. 223.

har av stor betydning for medvirkeren ettersom forsøk straffes mildere en fullbyrdet forbrytelse, jf. strl. § 51.

6 Avsluttende bemerkninger

Et av hovedformålene med lovrevisjonen var å heve strafferammen for forsettlig patentinngrep og generelt heve strafferammen ved det industrielle rettsvernet.¹⁴² Oppgaven har sett på i hvilken grad hevingen av strafferammen påvirker dagens straffebestemmelse. En av de viktigste endringene dette medførte var aktualiseringen av forsøksbestemmelsen i strl. § 49.

Denne endringen er et utslag av et signal til politiet og påtalemyndighetene om at immaterielle rettigheter bør prioriteres høyere enn tidligere.¹⁴³

Det ble fremholdt i forarbeidene til patl. § 57 at anvendelsesområdet har de aller groveste og mest systematiske patentinngrepene. Dette er også i samsvar med departementets vurderinger om at straffeforfølgning kun vil være ønskelig i de nevnte situasjonene.¹⁴⁴ Det ble videre fremholdt i vurderingene at patentinngrep som har blitt begått i ledd av vanlig næringsvirksomhet bør forholde seg til sivilrettslige tvister angående erstatning og ugyldighet. Et av hovedargumentene for å opprettholde et skille mellom grove og vanlige patentinngrep er hensynet til straffverdighet. De groveste tilfellene må håndheves av en klar lovgivning som gir et signal om at grove patentinngrep tas på alvor, og dermed vil straffebudets preventive effekt ha en større virkning ved en høyere strafferamme.

Opgaven har reist krevende problemstillinger angående ekvivalens og straff. Dette er et tema som ikke har blitt behandlet før, men som drøftelsen ovenfor (pkt. 3.2.2) er ekvivalenslæren i samsvar med presisjonskravet til EMK art. 7. Likevel kan det tenkes at ekspansive fortolkninger av patentkravene kan være i strid med klarhetskravet og presisjonskravet i Grunnloven og EMK, det må derfor tas forbehold om at utvidende fortolkning av patentkravene vil kunne være i strid med Grunnloven og EMK.

Til slutt vil jeg bemerke at oppgaven har til dels tatt for seg teoretiske spørsmål som ikke har blitt vurdert i juridisk teori tidligere. Viktigheten med å reise disse spørsmålene er at man får synliggjort problemstillinger som kan bli aktuelle i fremtiden. Det avgjørende ved om man skal foreta en straffeforfølgning på patentrettens område må bero på graden av krenkelsen og om domstolene finner det bevist og hevet over enhver rimelig tvil at tiltalte (krenkeren) har begått patentinngrepet. Her som ellers vil enhver rimelig tvil komme tiltalte til gode.

¹⁴² Se Prop. 81 L (2012-2013).

¹⁴³ Stenvik Patentrett 3. utgave s. 394.

¹⁴⁴ Prop. 81 L (2012-2013). Pkt. 7.6. Departementets vurderinger.

Kildeliste

Juridisk teori

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge, 3. utg. Oslo 1962.

Hov, Jo. Innføring i prosess I, 1. utg. 2010.

Stenvik, Are. Patentrett 3.utg. Oslo, 2013.

Stenvik, Are. Patenters beskyttelsesomfang, 1. utg. 2001.

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004

Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders Straffeloven kommentarutgave 2.utg. Oslo, 2003.

Eskeland, Ståle. Strafferett 3.utg. Oslo, 2013.

Immaterialret av Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, 3.utg. 2013.

Norsk Lovtekst

Lov om patenter av 15. desember 1967 nr.9.

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10.

Straffeloven av 20.mai 2005 nr.28.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), Roma 1950.

The European Patent Convention (EPC), 1973.

Forarbeider

NU 1963:6 – Nordisk Utredningsserie (betenkning angående nordisk patentlovgivning).

Prop. 81 L (2012-2013) - Proposisjonen til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Ot.prp. nr. 26 (1987-99) – Odelstingsproposisjon

NOU 1989: 11- Norges offentlige utredninger

Rettspraksis

Rt. 1966 s. 698.

Rt. 1977 s. 1207.

Rt. 1997 s. 1749.

Rt. 1988 s. 1356.

Rt. 1989 s. 1004.

Rt. 1991 s. 95.

Rt. 1991 s. 600.

Rt. 1993 s. 916.

Rt. 2001 s. 450.

Rt. 2002 s. 1069.

Rt. 2008 s. 867.

Rt. 2009. s. 1035.

Rt. 2009 s. 1055.

Rt. 2011 s. 1104.

Rt. 2011 s. 1455.

Juridiske artikler

Ørstavik, Inger Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr. 2, 2010,
Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett.

Matningsdal, Magnus, Jussens Venner 1996 s 98. (JV-1996-98).

Stigen, Jo. Forsettets nedre grense – dolus eventualis eller hva? I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2010. s. 573-636.

Frøberg, Thomas. Tidsskrift for rettsvitenskap 2012 s. 49-90, Forsøksansvarets yttergrenser.

Nettsider

Se <http://www.patentstyret.no/no/Patent/Hva-er-et-patent/>

<https://snl.no/>

www.rechtsdata.no